﴿ الجزء الثاني عشر من ﴾

كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت

صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني

الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير

ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط

ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي

أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الأمة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الذبائح

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام السرخسى رحمه الله تعالى (لايحل ماذبح بسن أو ظفر غير منزوع لانه قتل وتخنيق وليس بذبح)ففى الذبح الانقطاع بحدة الآلة وفي هذا الموضع الانقطاع بقوته لا بحدة الآلة ولان آلة الذبح غير الذابح وسنه وظفره منه ولا بأس با كله اذا كان منزوعاً عندنا ولا يحل عند الشافعى رحمه الله لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل ما خلا السن والظفر فانها مدى الحبشة ولكنا نقول المراد غير المنزوع فان الحبشة يستعملون في ذلك سنهم وظفرهم قبل النزع وذكر فى بعض الروايات ماخلا العض بالسن والقرض بالظفر والعض والقرض انما يتحقق فى غير المنزوع عادة ثم المنزوع آلة محددة يحصل بها تسييل الدم النجس فكانت كالسكين الا أنه يكره الذبح بها لزيادة ايلام ومشقة على الحيوان ولا يعد هذا الفصل من الاحسان فى الذبح قال عليه الصلاة والسلام اذا ذبحتم فأحسنوا الذبح الحديث. قال (وما أنهر الدم وأفرى الاوداج فلا بأس بأن يذبح به حديداً كان أو قصباً أو حجراً محدداً أو غير ذلك) لما روى أن عدى بن حاتم رضى الله عنه قال أرأيت يارسول الله صلى الله عليه وسلم ان صاد أحدنا صيداً وليس معه سكين فذبحه بشق العصا أو بالمروة أيحل ذلك فقال عليه الصلاة والسلام أنهر الدم بما شئت وكل . ولان المقصود تمييز الطاهر من النجس وذلك حاصل بكل آلة محددة ثم تمام الذكاة بقطع الحلقوم والمرىء والودجين فان قطع الاكثر من ذلك فذلك كقطع الجميع فى الحل لحصول المقصود فى الاكثر من ذلك* واختلفت الروايات في تفسير ذلك فروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه اذا قطع ثلاثاً منها أى ثلاث كان فقد قطع الاكثر . وعن محمد رحمه الله قال ان قطع الاكثر من كل

واحدة منها فذلك يقوم مقام قطع الجميع فأما بدون ذلك بتوهم البقاء فلا تتم الذكاة وعن أبي يوسف رحمه الله قال وان قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين حل وشرط ثلاثة فيها الحلقوم والمرىء وأحد الودجين لان الحلقوم مجرى العلف والمرىء مجرى النفس والودجان مجرى الدم فبقطع أحد الودجين يحصل ما هو المقصود من تسييل الدم فأما قطع مجرى النفس لا بد منه ولا يقوم غيره مقامه فى ذلك والشافعى رحمه الله يقول واذا قطع الحلقوم والمرىء حل وان لم يقطع الودجين لانه لا بقاء بعد قطع الحلقوم والمرىء ولكن هذا فاسد لان المقصود تسييل الدم النجس وبدون حصول المقصود لا يثبت الحل . قال (واذا ذبحت شاة من قبل القفا فقطع الاكثر من هذه الاشياء قبل ان تموت حلت) لتمام فعل الذكاة وان ماتت قبل قطع الاكثر لم تحل لانها ماتت بالجرح لا بالذبح في المذبح ولانه لا يثبت الحل عند القدرة على الذبح في المذبح ويكره هذا الفعل لما فيه من زيادة ايلام غير محتاج اليه قال (وكذلك ان ضربها بسيف فأبان رأسها حلت ويكره وكذلك ان ذبحها متوجهة لغير القبلة حلت ولكن يكره ذلك) لان السنة فى الذبح استقبال القبلة هكذا روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم استقبل بأضحيته القبلة لما أراد ذبحها وهكذا نقل عن علي رضى الله تعالى عنه وهذا لان أهل الجاهلية ربما كانوا يستقبلون بذبائحهم الاصنام فأمرنا باستقبال القبلة لتعظيم جهة القبلة ولكن تركه لا يفسد الذبيحة بخلاف ترك التسمية لان فى التسمية تعظيم الله تعالى وذلك فرض فأما استقبال القبلة لتعظيم الجهة وذلك مندوب اليه في غير الصلاة فلهذا كان تركه موجباً للكراهة غير مفسد للذبيحة . قال (وان نحر البقرة حلت ويكره ذلك) لما بينا أن السنة فى البقرة الذبح قال الله تعالى ان يأمركم أن تذبحوا بقرة (بخلاف الابل فالسنة فيها النحر) وهذا لان موضع النحر من البعير لا لحم عليه وما سوى ذلك من حلقه عليه لحم غليظ فكان النحر في الابل أسهل فأما فى البقر أسفل الحلق واعلاه فاللحم عليه سواء كما فى الغنم فالذبح فيه أيسر والمقصود تسييل الدم والعروق من أسفل الحلق الى أعلاه فالمقصود يحل بالقطع في أى موضع كان منه فلهذا حل وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولكن ترك الاسهل مكروه فى كل جنس لما فيه من زيادة ايلام غير محتاج اليه . قال (وان ذبح الشاة فاضطربت فوقعت في ماء أو تردت في موضع لم يضرها شيء) لان فعل الذكاة قد استقر فيها فانما ازهق حياتها به ولا معتبر

باضطرابها بعد استقرار الذكاة فهذا لحم وقع في ماء أو سقط من موضع . قال (وان أراد أن يذبح عدداً من الذبائح لم تجز التسمية للأولى عما بعدها) لما بينا أن الشرط أن يسمى على الذبح وذبحه للشاة الثانيـة غير ذبحه للشاة الاولى . قال (ولو أضجعها للذبح وسمى عليها ثم القى تلك السكين وأخذ أخرى فذبح بها تؤكل) لوجود التسمية منه على فعل الذبح بخلاف الرمى لانه لو أخذ سهما وسمى عليه ووضعه وأخذ سهما آخر جدد عليه التسمية لما بينا ان المعتبر هناك التسمية على فعل الرمى وذلك يحل والسهم الثانى غير الاول وهنا الشرط التسمية على الذبح دون السكين وفعل الذبح يختلف باختلاف المذبوح لا باختلاف السكين فوزان هذا من ذلك أن لو ترك تلك الشاة وذبح أخرى بتلك التسمية . قال (ولو كلم انساناً أو شرب ماء أو حد سكيناً وما أشبه ذلك من عمل لم يكثر ثم ذبح جاز بتلك التسمية) لوجود التسمية على الذبح فبالعمل اليسير لا يقع الفصل بين التسمية والذبح بخلاف ما اذا طال الحديث أو طال العمل ثم ذبح فانه مكروه لحصول الفصل بين التسمية والذبح ألا ترى أن بالعمل الكثير ينقطع المجلس وباليسير لا ينقطع وكذلك الكلام . قال(وان قال مكان التسمية الحمد لله أو سبحان الله أو الله أكبر يريد به التسمية أجزأه)لان الشرط ذكر الله تعالى على التعظيم وقد حصل وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين التكبير فيقول المأمور به هنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وهناك المأمور به التكبير وبهذه الالفاظ لا يكون تكبيراً فلا يصير شارعاً فى الصلاة اذا كان يحسن التكبير وان أراد بذلك التحميد دون التسمية لا يحل لان الشرط تسمية الله تعالى على الذبح وانما يتميز الذكر على الذبح وغيره بقصد منه التسمية فاذا لم يقصد التسمية لا يحل حتى اذا عطس فقال الحمد لله يريد التحميد على العطاس لم يحل بخلاف ماقال أبو حنيفة رحمه الله فى الخطب اذا عطس على المنبر فقال الحمد لله يجوز أن يصلي الجمعة بذلك القدر على احدى الروايتين لان المأمور به هناك ذكر الله تعالى مطلقاً لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وهنا المأمور به ذكر الله على الذبح وبمعرفة حدود كلام الشرع يحسن الفقه . قال (ويكره أن ينخع وقد نهى عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن ذلك) وبينا أن معناه أن يبلغ الحد النخاع وهو عرق أبيض فى وسط عظم الرقبة ولكن مع هذا تؤكل لان النهى ليس لنقصان فيما هو المطلوب للذبح وهو تسييل الدم بل لزيادة ايلام غير محتاج اليه . قال(ويكره أن يجر الشاة الى مذبحها)وقد

يينا النهى عن ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضى الله تعالى عنه وكذلك يكره أن يحد الشفرة بعد ما أضجعها وقد روينا النهى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضى الله تعالى عنه الا أن النهى ليس لنقصان فيما هو المطلوب للذبح فلا يوجب الحرمة . قال (ويكره أن يسمى مع اسم الله تعالى شيئاً فيقول اللهم تقبل من فلان) لقول ابن مسعود رضى الله عنه جردوا التسمية ولان الشرط بتسمية الله تعالى على الخلوص عند الذبح قبل فما يكون منه من الدعاء فينبغى أن يكون قبل الذبح أو بعده كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد أن يذبح أضحيته قال اللهم هذا منك واليك صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين باسم الله والله أكبر ثم يذبح وهكذا روي عن علي رضي الله عنه . قال (ولا بأس بذبيحة المسلمة والكتابية) لان تسمية الله تعالى علي الخلوص يتحقق من النساء كما يتحقق من الرجال وكذلك الصبي الذى يعقل ويضبط فهو من أهل تسمية الله تعالى على الخلوص ولهذا صح اسلامه وان كان لا يعقل فلا يتحقق منه تسمية الله تعالى على الخلوص وهو شرط الحل فهذا لا خير فى ذبيحته . قال (ولا بأس بذبيحة أهل الكتاب من أهل الحرب) هكذا روى عن علي رضى الله تعالي عنه وهذا لانهم يدعون التوحيد سواء كانوا أهل الذمة أو أهل الحرب وانما أباح الشارع ذبائحهم لانهم أهل الكتاب قال الله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والحربى والذمى فى ذلك سواء . قال (وذبيحة الاخرس حلال مسلما كان أو كتابيا) لان عذره أبين من عذر الناس فاذا كان فى حق الناس تقام ملته مقام تسميته ففى حق الاخرس أولى . قال (وما أدركت من المتردية والنطيحة وما أكل السبع ونظائر هذا فذكيته حل لقوله تعالى الا ما ذكيتم) ثم عند أبى حنيفة رحمه الله اذا علم أنها كانت حية حين ذبحت حلت سواء كانت الحياة فيها متوهمة البقاء أو غير متوهمة البقاء لان المقصود تسييل الدم النجس بفعل ذكاة وقد حصل وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان يتوهم ان يعيش يوماً أو أكثر تحل بالذكاة وفى رواية اعتبر توهم البقاء أكثر من نصف يوم لان مادون ذلك اضطراب المذبوح فلامعتبر به وعن محمد رحمه الله تعالى قال اذا نقر الذئب بطن شاة وأخرج ما فيها ثم ذبحت لم تحل لانه ليس فيها حياة مستقرة فانه لايتوهم ان تعيش بعدها فما بقى فيها الا اضطراب مذبوح وذلك غير معتبر . قال (ومن ذبح شاة أو غيرها فخرج من

بطنها جنين ميت لم يؤكل الجنين) في قول أبي حنيفة وزفر وهو قول ابراهيم وحكم ابن عيينة رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يؤكل الا أنه روى عن محمد رحمه الله انه قال انما يؤكل الجنين اذا أشعر وتمت خلقته فأما قبل ذلك فهو بمنزلة المضغة فلا يؤكل واحتجوا بقول الله تعالي ومن الانعام حمولة وفرشا قيل الفرش الصغار من الاجنة والحمولة الكبار فقد من الله تعالى على عباده بأكل ذلك لهم وفي المشهور أن النبي عليه الصلاة والسلام قال ذكاة الجنين ذكاة أمه معناه ذكاة الام نائبة عن ذكاة الجنين كما يقال لسان الوزير لسان الامير وبيع الوصي بيع اليتيم * وروى ذكاة أمه بالنصب ومعناه بذكاة أمه الا أنه صار منصوبا بنزع حرف الخفض عنه كقوله تعالى ما هذا بشرا أى ببشر وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن قوماً سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا انا لننحر الجزور فيخرج من بطنها جنين ميت أفنلقيه أم نأكله فقال صلوات الله وسلامه عليه كلوه فان ذكاة الجنين ذكاة أمه والمعنى فيه ان الذكاة تنبني على التوسع حتي يكون في الاهل بالذبح في المذبح فاذا ند فبالجرح في أى موضع أصابه لان ذلك وسع مثله والذى في وسعه في الجنين ذبح الام لانه مادام مخبياً في البطن لا يتأتى فيه فعل الذبح مقصوداً وبعد الاخراج لا يبقى حياً فتجعل ذكاة الام ذكاة له لان تأثير الذبح في الام في زهوق الحياة عن الجنين فوق تأثير الجرح بحل رجل الصيد فالغالب هناك السلامة وهنا الهلاك ثم اكتفى بذلك الفعل لانه وسع مثله فهنا أولي ولان الجنين في حكم جزء من اجزاء الام حتى يتغذى بغذائها وينمو بنمائها ويقطع عنها بالمقراض كما في بيان الجزء من الجملة ويتبعها في الاحكام تبعية الاجزاء حتى لا يجوز استثناء في عتقها وبيعها كاستثناء يدها ورجلها وثبوت الحل في البيع لوجود فعل الذكاة في الاصل والدليل عليه انه يحل ذبح الشاة الحامل ولو لم يحل الجنين بذبح الام لما حل ذبحها حاملا لما فيه من اتلاف للحيوان لا للمأكلة ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك. وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالي والمنخنقة فان أحسن أحواله أن يكون حياً عند ذبح الام فيموت باحتباس نفسه وهذا هو المنخنقة وقال عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم رضى الله عنه اذا وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدرى أن الماء قتله أم سهمك . فقد حرم الاكل عند وقوع الشك في سبب زهوق الحياة وذلك موجود في الجنين فانه لا يدرى أنه مات بذبح الام أو باحتباس نفسه وقد

يتأتى الاحتراز عنه في الجملة لانه قد يتوهم انفصاله حياً ليذبح * وعلل ابراهيم فقال ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين ومعنى هذا ان الجنين فى حكم الحياة نفس على حدة مودعة فى الام حتى ينفصل حياً فيبقى ولا يتوهم بقاء الجزء حيا بعد الانفصال وكذلك بعد موت الام يتوهم انفصال الجنين حياً ولا يتوهم بقاء حياة الجزء بعد موت الاصل والذكاة تصرف فى الحياة فاذا كان فى حكم الحياة نفساً على حدة فيشترط فيه ذكاة على حدة ولا نقول يتغذى بغذاء الام بل يبقيه الله تعالى في بطن الام من غير غذاء أو يوصل الله اليه الغذاء كيف شاء ثم بعد الانفصال قد يتغذى أيضاً بغذاء الام بواسطة اللبن ولم يكن فى حكم الجزء ولما جعل فى سائر الاحكام تبعاً لم يتصور تقرر ذلك الحكم فى الام دونه حتى لا يتصور انفصاله حياً بعد موت الام ولو انفصل حياً ثم مات لم يحل عندهم فعرفنا انه ليس يتبع في هذا الحكم وحقيقة المعنى فيه ما بينا ان المطلوب بالذكاة تسييل الدم لتميز الطاهر من النجس وبذبح الام لا يحصل هذا المقصود في الجنين أو المقصود تطييب اللحم بالنضج الذى يحصل بالتوقد والتلهيب ولا يحصل ذلك فى الجنين بذبح. وهذا الجواب عما قالوا ان الذكاة تنبنى على التوسع. قلنا نعم ولكن لا يسقط بالعذر وكما لو قتل الكلب الصيد غما أو اختفاء وهذا لان المقصود لا يحصل بدون الجرح واباحة ذبح الحامل لانه يتوهم ان ينفصل الجنين حياً فيذبح ولان المقصود لحم الام وذبح الحيوان لغرض صحيح حلال كما لو ذبح ما ليس بمأكول لمقصود الجلد والمراد بالحديث التنبيه لا النيابة أي ذكاة الجنين كذكاة أمه ألا ترى أنه ذكر الجنين أولا ولو كان المراد النيابة لذكر النائب أولا دون المنوب عنه كما قيل فى الالفاظ التى استشهد بها ومثل هذا يذكر للتشبيه يقال فلان شبه أبيه وحظ فلان حظ أبيه وقال القائل

وعيناك عيناها وجيدك جيدها * سوى أن عظم الساق منك دقيق

والمراد التشبيه ويصح هذا التأويل فى الرواية بالنصب فان المنزوع حرف الكاف قال الله تعالى وهى تمر مر السحاب اى كمر السحاب ويحتمل الباء أيضاً ولكن ان جعلنا المنزوع حرف الكاف لم يحل الجنين وان جعلناه حرف الباء يحل ومتى اجتمع الموجب للحل والموجب للحرمة يغلب الموجب للحرمة والحديث مع القصة لا يكاد يصح ولو ثبت فالمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ميت أى مشرف على الموت قال الله تعالي انك ميت وانهم

ميتون ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم كلوه أي اذبحوه وكلوه والمراد بالفرش الصغار فلا يتناول الجنين ولئن كان المراد به الجنس ففيه بيان أن الجنين مأكول وبه نقول ولكن عند وجود الشرط فيه وهو ان ينفصل حياً فيذبح فيحل به والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب الاضحية ﴾

قال رحمه الله تعالى اعلم بأن القرب المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالعتق ويجتمع في الاضحية معنيان فانه تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق باللحم وهو تمليك . قال (وهي واجبة على المياسير والمقيمين عندنا) وذكر في الجامع عن أبي يوسف أنها سنة وهو قول الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام كتبت علي الاضحية ولم تكتب عليكم وقال عليه الصلاة والسلام خصصت بثلاث وهي لكم سنة الاضحية وصلاة الضحى والوتر . وقال صلى الله عليه وسلم ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم عليه السلام وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وقال أبو مسعود الانصاري رضي الله عنه انه ليغدو على الف شاة ويراح فلا أضحي مخافة أن يراها الناس واجبة ولانها لا تجب على المسافر وكل دم لا يجب على المسافر لا يجب على المقيم كالعتيرة وهذا لانه لا يفرق بين المسافر والمقيم في العبادات المالية كالزكاة وصدقة الفطر لانهما لا يستويان في ملك المال وانما الفرق بينهما في البدن لان المسافر يلحقه المشقة بالاداء بالبدن والدليل عليه ان يحل له التناول منه واطعام الغني ولو كان واجباً لم يحل له التناول كما في جزاء الصيد ونحوه ولان التقرب بالاتلاف لا يجب ابتداء بل بسبب من العبد كالعتق في الكفارات ولهذا أوجبنا الاضحية بالنذر . وحجتنا في ذلك قوله تعالى فصل لربك وانحر أي وانحر الاضحية والامر يقتضي الوجوب وقال عليه الصلاة والسلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا والحاق الوعيد لا يكون الا بترك الواجب وقال عليه الصلاة والسلام من ضحى قبل الصلاة فليعد ومن لم يضح فليذبح على اسم الله تعالى والامر يفيد الوجوب وفي قوله عليه الصلاة والسلام ضحوا أمر وقوله فانها سنة أبيكم ابراهيم أي طريقته فالسنة الطريقة في الدين وذلك لا ينفي الوجوب ولا حجة في قوله عليه الصلاة والسلام ولم تكتب عليكم فانا نقول بأنها غير مكتوبة بل هي واجبة فالمكتوب ما يكون فرضاً يكفر جاحده فقد كان رسول الله

صلى الله عليه وسلم مخصوصاً بكون الاضحية مكتوبة عليه كما قال وتأويل حديث أبي بكر
وعمر رضى الله عنهما انهما لا يضحيان في حال الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على
المعسرين أو في حال السفر وهو تأويل حديث أبي مسعود رضى الله عنه ولا كلام في المسئلة
على سبيل المقايسة والعبادات لاتثبت قياساً ولكن على سبيل الاستدلال تقول هذه قربة
يضاف اليها وفيها فتكون واجبة كالجمعة وبيان الوصف انه يقال يوم الاضحى وتأثيره أن
اضافة الوقت اليه لا تتحقق الاوان يكون موجوداً فيه ولا يكون موجوداً فيه لا محالة
الاوان تكون واجبة لجواز ان يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك
الواجب وان اجتمعوا على ذلك لم يخرج من أن يكون موجوداً فيه استحقاقاً ولجواز الاداء
فيه لا يصير الوقت مضافاً اليه كسائر الأيام يجوز فيها الصوم ثم لا يسمى شهر الصوم الا
رمضان فعرفنا ان اضافة الوقت الي القربة تدل على وجوبها فيه وانما لا تجب على المسافر
لمعنى المشقة فان الاداء يختص بأسباب يشق على المسافر استصحاب ذلك في السفر
ويفوت بمضى الوقت فلدفع المشقة لاتلزمه كالجمعة بخلاف سائر العبادات المالية وإباحة التناول
باذن من له الحق فانه بالتضحية يجعلها الله تعالى وقد قال الله تعالي فكلوا منها ولما كان من
جنس التقرب بالتمليك ما هو واجب ابتداء فكذلك من جنس التقرب بالاتلاف ما هو
واجب ابتداء وليس ذلك الا في الاضحية وفي الوجوب بالنذر دليل على ان من جنسه واجبا
شرعاً فان ما ليس من جنسه واجبا شرعا لا يصح التزامه بالنذر كعيادة المريض * ثم يختص
جواز الاداء بأيام النحر وهى ثلاثة أيام عندنا قال عليه الصلاة والسلام أيام النحر ثلاثة
أفضلها أولها فاذا غربت الشمس من اليوم الثالث لم تجز التضحية بعد ذلك. وقال الشافعي
رضي الله تعالى عنه تجوز في اليوم الرابع وهو آخر أيام التشريق وهذا ضعيف فان هذه
القربة تختص بأيام النحر دون أيام التشريق ألا ترى ان الافضل أداؤها في اليوم الاول
وهو العاشر من ذى الحجة وهو يوم النحر لا أيام التشريق على ماقيل الايام المعدودات
ثلاثة وهى أيام النحر والمعلومات ثلاثة وهى أيام التشريق وتمضي هذه السنة في أربعة أيام
فاليوم الاول من المعدودات خاصة واليوم الآخر من المعلومات خاصة وقيل المعلومات عشر
ذى الحجة والمعدودات أيام التشريق * ثم يختص جواز الاضحية بالابل والبقر والغنم
ولا يجزئه الا الثنى من ذلك في الابل والبقر والمعز ويجزى الجذع من الضأن اذا كان

عظيما سمينا لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال ضحوا بالثنيات ولا تضحوا بالجذعان ولان الجذع ناقص وقد أمرنا فى الضحايا بالاستعظام والاستشراف قال عليه الصلاة والسلام عظموا ضحايا كم فانها على الصراط مطايا كم . فأما الجذع من الضأن يجزئ لحديث أبى هريرة رضي الله تعالى عنه ان رجلا ساق جذعاً الي منى فبادت عليه فروى أبو هريرة رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال نعمت الاضحية الجذع من الضأن فانتهبوها ثم الثنى من الغنم وهو الذى تم له سنتان عند أهل الادب وعند أهل الفقه الذى تمت له سنة والثنى من البقر الذى تم له حولان وطعن في الثالث عند جمهور الفقهاء رحمهم الله ومن الابل الذى تم له خمس سنين والجذع من الابل ما تم له خمس سنين ومن البقر ما تم له حولان وهكذا من الغنم عند أهل الادب وعند أهل الفقه اذا تم له سبعة أشهر فهو جذع بعد ذلك ولا خلاف ان الجذع من المعز لا يجوز وانما ذلك من الضأن خاصة * ثم أول وقت الاضحية عند طلوع الفجر الثانى من يوم النحر الا أن فى حق أهل الامصار يشترط تقديم الصلاة على الاضحية فمن ضحى قبل الصلاة فى المصر لا تجزئه لعدم الشرط لا لعدم الوقت ولهذا جازت التضحية فى القرى بعد انشقاق الفجر * ودخول الوقت لا يختلف فى حق أهل الامصار والقرى انما يختلفون فى وجوب الصلاة فليس على أهل القرى صلاة العيد وانما عرفنا هذا فى حق أهل الامصار بحديث البراء بن عازب رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته من ضحي قبل الصلاة فليعد فقام خالى أبو بردة بن بشار رضى الله عنه قال انى عجلت نسيكتى لاطعم أهلى وجيرانى فقال عليه الصلاة والسلام تلك شاة لحم فأعد نسيكتك فقال عندى عتود خير من شاتين فقال صلوات الله وسلامه عليه تجزئك ولا تجزئ أحدا بعدك وقال عليه الصلاة والسلام ان أول نسكنا في هذا اليوم أن نصلى ثم نذبح ومن يذبح من أهل الامصار أضحيته قبل أن يصلي الامام لم تجزه عندنا وقال الشافعى رحمه الله اذا مضى من الوقت مقدار مايصلى فيه صلاة العيد عادة جازت الاضحية بعد ذلك لانهم لو صلوا جازت التضحية فلا يتغير ذلك بتأخير الامام الصلاة كما لو زالت الشمس ولكن نقول الواجب مراعاة الترتيب المنصوص وما بقى وقت الصلاة فمراعاة الترتيب ممكن بخلاف ما بعد الزوال فقد خرج وقت صلاة العيد بزوال الشمس فى هذا اليوم ولهذا تجوز التضحية بعد ذلك . قال (واذا ذبحها بعد ما انصرف أهل المسجد قبل أن يصلى أهل الجبانة أجزأه

استحسانا) ومعنى هذا ان للامام أن يخرج بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي رضي الله تعالي عنه حين قدم الكوفة . قال (واذا ذبح بعد مافرغ أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبانة فى القياس لاتجزئه) لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك وفى العبادات يؤخذ بالاحتياط ولكنا استحسنا وقلنا قد أديت صلاة العيد فى المصر حتى لو اكتفوا بذلك أجزأهم فتجوز التضحية بعد ذلك لان الترتيب المشروط قد وجد حين ضحى بعد صلاة العيد فى هذا المصر ولم يذكر مالو سبق أهل الجبانة بالصلاة فضحى رجل قبل أن يصلى أهل المسجد . وقيل فى هذا الموضع يجوز قياساً واستحسانا لان المسنون في العيد الخروج الى الجبانة فأهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا وقيل للقياس والاستحسان فيهما لان أداء الصلاة فى المسجد أفضل منه بالجبانة واذا كان فى الموضع الذى صلى فيه أهل المسجد قياسا واستحسانا لما ذكرنا فهنا أولى . قال (ولا بأس بأن يضحي بالجماء وبمكسور القرن) أما الجماء فلان مافات منها غير مقصود لان الاضحية من الابل أفضل ولا قرن له واذا ثبت جواز الجماء فمكسور القرن أولى وقد روى فى ذلك عن عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنه . وكذلك الخصى لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين اقرنين موجوين أو موحوين احدهما عن نفسه والآخر عن أمته . والمراد خصيان وكان ابراهيم يقول مازاد فى لحمه بالخصاء أنفع للمساكين مما يفوت بالانثيين اذ لا منفعة للفقراء فى ذلك . قال (ولا بأس أن يضحى بالجرباء والتولاء اذا كانت سمينة) والجرباء التي بها جرب واذا كانت سمينة فالجرب فى جلدها لا في لحمها ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحى بالعجفاء التى لاتنقى . والتولاء هى المجنونة والجنون عيب في القضاة لا فى الشاة فاذا كانت سمينة فما هو المقصود منها باق واشتراط السمن فى الحديث الذى روينا ان النبي صلي الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين يرعيان فى سواد وينظران في سواد ويأكلان فى سواد ومقصود الراوى من هذه المبالغة بيان السمن . قال (ولا بأس أن يشترك سبعة نفر فى بقرة أو بدنة) وقال مالك رحمه الله يجوز عن أهل بيت واحد بقرة واحدة وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانو أقل من سبعة لقوله عليه الصلاة والسلام على أهل كل بيت فى كل عام أضحاة وعتيرة ومذهبنا مروى عن ابن مسعود وحذيفة رضي الله عنهما والاستدلال بحديث جابر رضي الله عنه قال اشتركنا يوم الحديبية فى

البقرة والبدنة فأجاز النبي عليه الصلاة والسلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة والمراد بذكر أهل البيت قيم البيت لان اليسار له عادة. وقد ذكر في بعض الروايات على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ويستوي ان كان قصدهم جميعا التضحية أو قصد بعضهم قربة أخرى عندنا وعند زفر لا يجوز الا اذا قصدوا جميعاً التضحية وقال الشافعي يجوز وان كان قصد بعضهم للحم وقد بينا هذا في المناسك. فان كان الشركاء في البدنة ثمانية لم تجزهم لان نصيب كل واحد منهم دون السبع وكذلك ان كان نصيب أحدهم دون السبع حتى لو سئل عن رجل مات وترك ابناً وامرأة وبقرة وضحى بها يوم العيد هل يجوز * والجواب انه لايجوز لان نصيب المرأة الثمن فاذا لم يجز ثمنها في نصيبها لايجوز في نصيب الابن أيضاً. فان مات أحد الشركاء في البدنة ورضى ورثته بالتضحية بها عن الميت مع الشركاء في القياس لايجوز وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان نصيب الميت صار ميراثا والتضحية تقرب بطريق الاتلاف فلا يصح التبرع به من الوارث عن الميت كالعتق واذا لم يجز في نصيبه لم يجز في نصيب الشركاء. وفي الاستحسان يجوز لان معنى القربة حصل في اراقة الدم فان التبرع من الوارث عن مورثه بالقرب المالية صحيح كالتصدق وانما لايجوز العتق لما فيه من الزام الولاء وذلك غير موجود في الاضحية وعلى هذا اذا كان أحد الشركاء أم ولد ضحى عنها مولاه أو صغير ضحى عنه أبوه ولا خلاف انه ليس على المولى ان يضحى عن احد من مماليكه فان تبرع بذلك جاز واذا جعله شريكا في البدنة ففيه قياس واستحسان لما بينا وأما الأب ليس عليه أن يضحى عن ولده الصغار في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أن ذلك عليه كصدقة الفطر لانه جزء منه فكما يلزمه أن يضحى عن نفسه عند يساره فكذلك عن جزئه. وجه ظاهر الرواية ان ما لا يلزمه عن مملوكه لا يلزمه عن ولده كسائر القرب بخلاف صدقة الفطر وهذا لان كل واحد منهما كسبه ولو كانت التضحية عن أولاده واجبة لامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ونقل ذلك كما أمر بصدقة الفطر وان كان للصبي مال فقال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى على الاب والوصي أن يضحى من ماله عند أبي حنيفة رضى الله عنه على قياس صدقة الفطر الأصح أنه لا يجب ذلك وليس له أن يفعله من ماله لانه ان كان المقصود الاتلاف فالأب لايملكه في مال الولد كالعتق وان كان المقصود التصدق باللحم بعد اراقة الدم فذلك تطوع غير واجب ومال الصبي

لا يحتمل صدقة التطوع . قال (واذا اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها فلا بأس بذلك) لان بنفس الشراء لا تتعين الاضحية قبل أن يوجبها وبعد الايجاب يجوز بيعها فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويكره وفى قول أبى يوسف رحمه الله لا يجوز لتعلق حق الله تعالى بعينها ولكنهما يقولان تعلق حق الله تعالى بها لا يزيل ملكه عنها ولا يعجزه عن تسليمها وجواز البيع باعتبار الملك والقدرة على التسليم ألا ترى انا نجوز بيع مال الزكاة لهذا والاصل فيه ماروى أن النبي عليه الصلاة والسلام دفع ديناراً الى حكيم بن حزام رضى الله عنه ليشترى له شاة للاضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله فى صفقتك أما الشاة فضح بها وأما الدينار فتصدق به فقد جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعه بعد مااشتراها للأضحية وان كانت الثانية شرا من الاولى وقد كان أوجب الاولى فتصدق بالفضل فيما بين القيمتين أما جواز الثانية عن الاضحية فلاستجماع شرائط الجواز وأما التصدق فانه لما أوجب الاولى فقد جعل ذلك القدر من ماله لله تعالى فلا يكون له ان يستفضل شيئاً منه لنفسه فيتصدق بفضل القيمة كما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام رضي الله عنه بالتصدق بالدينار ومن أصحابنا رحمهم الله من قال هذا اذا كان فقيرا أما اذا كان غنيا ممن يجب عليه الاضحية فليس عليه ان يتصدق بفضل بالقيمة لان فى حق الغنى الوجوب عليه بايجاب الشرع فلا يتعين بتعيينه فى هذا المحل ألا ترى أنها لو هلكت بقيت الاضحية عليه فاذا كان مايضحى به محلا صالحاً لم يلزمه شىء آخر وأما الفقير فليس عليه أضحية شرعاً وانما لزمه بالتزامه فى هذا المحل بعينه ولهذا لو هلكت لم يلزمه شىء آخر فاذا استفضل لنفسه شيئا مما التزمه كان عليه أن يتصدق به . قال الشيخ الامام والاصح عندى أن الجواب فيهما سواء لان الاضحية وان كانت واجبة على الغنى فى ذمته فهو متمكن من تعيين الواجب فى محل فيتعين بتعيينه فى هذا المحل من حيث قدر المالية لانه تعيين مقيد وان كان لا يتعين من حيث فراغ الذمة . قال (والاضحية أحب الى من التصدق بمثل ثمنها) والمراد فى أيام النحر لان الواجب التقرب باراقة الدم ولا يحصل ذلك بالتصدق بالقيمة ففى حق الموسر الذى يلزمه ذلك لا اشكال أنه لا يلزمه التصدق بقيمته وهذا لانه لا قيمة لاراقة الدم واقامة المتقوم مقام ماليس بمتقوم لا تجوز واراقة الدم خالص حق الله تعالى ولا وجه للتعليل فيما هو خالص حق الله تعالى وأشرنا

بهذا الى الفرق بين هذا والزكاة وصدقة الفطر وأما فى حق الفقير التضحية أفضل لما فيه من الجمع بين التقرب باراقة الدم والتصدق ولانه متمكن من التقرب بالتصدق فى سائر الاوقات ولا يتمكن من التقرب باراقة الدم الا فى هذا الايام فكان أفضل وأما بعد مضى أيام النحر فقد سقط معنى التقرب باراقة الدم لانها لا تكون قربة الا فى مكان مخصوص وهو الحرم وفى زمان مخصوص وهو أيام النحر ولكن يلزمه التصدق بقيمة الاضحية اذا كان ممن تجب عليه الاضحية لان تقربه في أيام النحر كان باعتبار المالية فيبقى بعد مضيها والتقرب بالمال فى غير أيام النحر يكون بالتصدق ولانه كان يتقرب بسببين اراقة الدم والتصدق باللحم وقد عجز عن احدهما وهو قادر على الآخر فيأتى بما يقدر عليه . قال (وليس على الرجل أن يضحى عن أولاده الكبار ولا عن امرأته كما ليس عليه صدقة الفطر عنهم فى يوم الفطر) وهذا لان عليهم أن يضحوا عن انفسهم فلا يجب عليه أن يضحى عنهم . قال (واذا ولدت الأضحية قبل ان يذبحها ذبح ولدها معها) لان حكم التقرب باراقة الدم ثبت فى عينها فيسرى الى ولدها لانه متولد من عينها والولد وان لم يكن محلا للتقرب باراقة الدم مقصوداً يثبت الحكم فيه تبعاً للام ولان الشرائط تعتبر فيما هو أصل ووجودها فى الاصل يغنى عن اعتبارها فى البيع فان باعه تصدق بثمنه لان معنى القربة ثابت فيه فلا يكون له ان يصرف ماليته الي نفسه كما فى حق الام وكذلك ان أمسك ولدها حتى مضت أيام النحر تصدق به قال الامام ويكره ان يجز صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها لانه أعدها للقربة بجميع أجزائها فلا ينبغى له أن يصرف شيئا منها الى حاجة نفسه لان ذلك فى معنى الرجوع فى الصدقة وقال عليه الصلاة والسلام لعمر رضي الله عنه فيما دون هذا لا تعد فى صدقتك . قال (ويكره ان يبيع جلد الاضحية بعد الذبح) لقوله عليه الصلاة والسلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له وقال لعلي رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط الجزار منها شيئا فكما يكره له ان يعطى جلدها الجزار فكذلك يكره له ان يبيع الجلد فان فعل ذلك تصدق بثمنه كما لو باع شيئا من لحمها . قال (ولا بأس بأن يشترى بجلد الاضحية متاعا للبيت) لانه لو دبغه وانتفع به فى بيته جاز وكذلك اذا اشترى به ماينتفع به فى بيته لان للبدل حكم المبدل وهذا استحسان وقد ذكر فى نوادر هشام قال يشترى به الغربال والجراب وما أشبه ذلك ولا يشترى به الخل والمرى والملح وما أشبه ذلك والقياس فى الكل واحد

ولكنه استحسن فقال ما يكون طريق الانتفاع به تناول العين فهو من باب التصرف على قصد التمول فليس له أن يفعل ذلك فى جلد الاضحية وما ينتفع به فى البيت مع بقاء العين فهو نظير عين الجلد وكان له أن يفعل ذلك . قال (ويكره له أن يحلب الاضحية اذا كان لها لبن فينتفع بلبنها كما يكره له الانتفاع بصوفها) لان اللبن يتولد من عينها وقد جعلها للقربة فلا يصرف شيئاً منها الى منفعة نفسه قبل أن يبلغ محله ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقلص منه اللبن ولا يتأذي به الا أن هذا انما ينفع اذا كان يقرب من أيام النحر فأما اذا كان بالبعد فلا يفيد هذا لانه ينزل ثانياً وثالثاً بعد ما يتقلص ولكنه ينبغى له أن يحلبها ويتصدق باللبن كالهدي اذا عطبت قبل أن يبلغ محله فان عليه أن يذبحها ويتصدق بلحمها وقد بيناه في المناسك . قال (وان اشترى بقرة يريد أن يضحى بها عن نفسه ثم اشترك معه ستة أجزأه استحسانا) وفي القياس لا يجزئه وهو قول زفر رحمه الله لانه أعدها للقربة فلا يكون له أن يبيع شيئاً منها بعد ذلك على قصد التمول والاشتراك بهذه الصفة يوضحه أن هذا رجوع منه عن بعض ما تقرب به وذلك حرام شرعاً . وجه الاستحسان انه لو أشركهم معه في الابتداء بأن اشتروا جملة جاز فكذلك اذا أشركهم بعد الشراء قبل إتمام المقصود وهذا لان الانسان قد يبتلى بهذا فانه قد يجد بقرة سمينة فيشتريها ثم يطلب شركاءه فيها فلو لم يجز ذلك أدى الى الحرج . قال (ولو فعل ذلك قبل أن يشترى كان أحسن) لانه أبعد عن الاختلاف وليس فيه معنى الرجوع فى القربة لا صورة ولا معنى فكان ذلك أفضل . قال (ولا تجوز العوراء فى الاضحية) لقوله عليه الصلاة والسلام استشرفوا العين والاذن وفي حديث البراء بن عازب رضى الله عنه قال نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحى بأربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى ثم الأصل أن العيب الفاحش مانع لقوله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون واليسير من العيب غير مانع لان الحيوان قلما ينجو من العيب اليسير فاليسير ما لا أثر له فى لحمها وللعور أثر فى ذلك لانه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بالعينين وعند قلة العلف يتبين العجف ثم العين والأذن منصوص على اعتبارها فاذا كانت مقطوعة الأذن لم تجز لانعدام شرط منصوص واذا كانت مقطوعة الطرف فكذلك بطريق الأولى . قال وان كان المقطوع بعض ذلك ففى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ان كان المقطوع

أكثر من الثلث لا يجزئه وان كان الثلث أو أقل يجزئه وهكذا روى هشام عن محمد رحمهما الله اعتباراً بالوصية فان الثلث في الوصية كما دونه ولا تجوز الوصية بأكثر من الثلث وفى رواية بشر عن أبى حنيفة رحمه الله اذا كان الذاهب أقل من الثلث يجوز وان كان أكثر من الثلث لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير وفي رواية ابن شجاع اذا كان الذاهب الربع لا يجزئ لان للربع حكم الكمال كما فى مسح الرأس وقال أبو يوسف رحمه الله اذا بقى الاكثر من العين والأذن اجزأه قال وذكرت قولى لابى حنيفة فقال قولى قولك. قيل هذا رجوع من أبى حنيفة الى قوله وقيل معناه قولى قريب من ذلك. وجه قول أبى يوسف ان القلة والكثرة من الاسماء المقابلة فاذا كان الذاهب أقل من النصف قلنا اذا قابلت الذاهب بالباقى كان الباقى أكثر واذا كان الذاهب أكثر من النصف فاذا قابلته بالباقى كان الذاهب أكثر فاذا كان الذاهب النصف قال لا يجوز لانه لما استوى المانع والمجوز يترجح المانع احتياطاً. فأما الشق فى الأذن فهو عيب يسير ألا ترى انه يفعل ذلك للعلامة بمنزلة السمة فلا يمنع الجواز ومن العلماء رحمهم الله من لا يجوز لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يضحي بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة. فالشرقاء ان يكون الخرق فى أذنها طولا والخرقاء ان يكون عرضاً والمقابلة قطع فى مقدم أذنها والمدابرة فى مؤخر أذنها وتأويل ذلك عندنا اذا كانت بعض الأذن مقطوعة وكان الذاهب أكثر من الثلث لما بينا فأما العرجاء اذا كانت تمشى فلا بأس به لانه عليه الصلاة والسلام سئل عن العرجاء فقال اذا كانت تبلغ فلا بأس به فاذا كانت لا تقوم ولا تمشي لا يجوز لان ذلك يؤثر في لحمها فانها لا تعتلف الا ما حولها واذا كانت تمشى فهى تذهب الى العلف فلا يؤثر فى لحمها. ولا تجزئ العجفاء التى لا تنقى للنهى الذى روينا ولان هذا عيب فاحش أثر فى لحمها ويستوى ان اشتراها كذلك أو صارت عنده كذلك وهو موسر لان الواجب فى ذمته بصفة الكمال فلا يتأدى بالناقص فأما اذا كان معسراً أجزأه لانه لا واجب في ذمته بل يثبت الحق فى العين فيتأدى بالعين على أى صفة كانت وذلك مروى عن علي رضى الله عنه وكذلك لو ماتت عنده أو سرقت فعليه بدلها ان كان موسراً ولا شيء عليه ان كان معسراً وعلى هذا قالوا الموسر اذا ضلت أضحيته فاشترى أخرى ثم وجد الأولى فله ان يضحى بأيهما شاء وان كان معسراً فاشتراها وأوجبها فضلت ثم اشترى أخرى فأوجبها ثم وجد الأولى فعليه ان يضحى بهما لان الوجوب فى العين

بإيجابه وقد وجد ذلك في الثانية كالأولى وان أصابها شيء من هذه العيوب في اضطرابها حين أضجعها للذبح وذبحها على مكانها ففي القياس لا تجزئه لانه تأدى الواجب بالاضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عند التضحية بها وفي الاستحسان تجزئه لان هذا لا يستطاع الامتناع منه فقد ينقلب السكين من يده فتصيب عينها فيجعل ذلك عفواً لدفع الحرج ولانه أضجعها ليتقرب باتلافها فتلف جزء منها في هذه الحالة من عمل التقرب فلا يمنع الجواز بخلاف ما قبل الاضجاع وعن أبي يوسف قال اذا أصابها ذلك في يوم النحر ثم ضحى بها بعد ذلك بيوم أو بيومين جاز لانه جاء وقت اتلافها تقرباً فتلاف جزء منها في هذه الحالة لا يمنع الجواز قال (ولا يجوز أن يضحى بشاة ليس لها أذنان خلقت كذلك وهي السكاء) لان قطع الأذن لما كان مانعاً من الجواز فعدم الأذن أصلا أولى بعض فأما صغيرة الأذن تجزى لان الأذن منها صحيحة وان كانت صغيرة وأما الهتماء فكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا لا يجوز أن يضحي بها وان كانت تعتلف ثم رجع وقال يجوز اذا كانت تعتلف لانه وقع عنده في أن يضحى بها لان الهتماء ليس لها اسنان ثم علم بعد ذلك أن الهتماء مكسورة بعض الاسنان فاذا كانت تعتلف فالباقي من الاسنان أكثر من الذاهب وذلك لا يمنع الجواز عنده ثم قال والتي لا اسنان لها بمنزلة التي لا اذن لها فكل واحد منهما مقصود في البدن بل السن في الانعام أقرب الى المقصود من الاذن لانها تعتلف بالاسنان. قال (ولا يجوز في الضحايا والواجبات بقر الوحش وحمر الوحش والظبي) لان الاضحية عرفت قربة بالشرع وانما ورد الشرع بها من الانعام ولان إراقة الدم من الوحشي ليس بقربة أصلا والقربة لا تتأدى بما ليس بقربة واذا كان الولد بين وحشي وأهلي فان كانت الام أهلية جازت التضحية بالولد وان كانت وحشية لا تجوز لان الولد جزء من الام فان ماء الفحل يصير مستهلكا بحضانتها وانما ينفصل الولد منها ولهذا يتبعها في الرق والملك فكذلك في التضحية وهذا لانه ينفصل من الفحل وهو ماء غير محل لهذا الحكم وينفصل من الام وهو حيوان محل لهذا الحكم فلهذا جعلناه معتبراً بالام. قال (رجل ذبح أضحية غيره بغير اذنه ففي القياس هو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية) وهو قول زفر لانه متعد في ذبح شاة الغير فكان ضامنا كمن ذبح شاة القصاب ثم الاضحية لا تتأدى الا بعمل المضحي ونيته ولم يوجد ذلك حين فعله الغير بغير اذنه ففي القياس هو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية. ولكنا نستحسن ونقول يجزئه ولا ضمان على الذابح لانه لما عينها للاضحية فقد صار مستعينا بكل واحد

بالتضحية بها في أيام النحر لان ذلك يفوته بمضي الوقت وربما يعرض له عارض في أيام النحر والاذن دلالة كالاذن إفصاحاً كما فى شرب ماء في السقاية ونظائرها . وقال الشافعى رحمه الله يجزئه من الاضحية ولكن الذابح ضامن لقيمتها وهذا بعيد فالجواز لا يكون الا بعد وجود الاذن دلالة ولو وجد الاذن افصاحا لم يضمن فكذلك اذا وجد الاذن دلالة وعلى هذا لو أن رجلين غلطا فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه على نفسه أجزأ كل واحد منهما استحسانا ويأخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه فان كانا قد أكلا ثم علما فليحالل كل واحد منهما صاحبه ويجزئهما لانه لو أطعم كل واحد منهما صاحبه لحم أضحيته جاز ذلك غنيا كان أو فقيرا . قال أبو يوسف رحمه الله ان تشاحا فلكل واحد منهما تضمين صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة كما لو باع لحم أضحيته فعليه أن يتصدق بالثمن . قال (ولو أمر مجوسيا فذبح أضحيته لم يجزه) لان هذا افساد لا تقرب فان ذبيحة المجوسى لا تؤكل ولو أمر يهوديا أو نصرانيا بذلك أجزأه لانهما من أهل الذبح ولكنه مكروه لان هذا من عمل القربة وفعله ليس بقربة . قال (فان ذبح أضحيته بنفسه فهو أفضل) لان النبي عليه الصلاة والسلام لما ساق مائة بدنة نحر منها ثلاثا وستين بنفسه ثم ولى الباقى عليا رضى الله عنه وحين ضحى بالشاتين ذبحهما بنفسه ولكن هذا اذا كان يحسن ذلك فان كان يخاف أن يعجز عن ذلك فالافضل أن يستعين بغيره ولكنه ينبغى له أن يشهدها بنفسه لما روي ان النبي عليه الصلاة والسلام قال لفاطمة رضي الله تعالى عنها قومى فاشهدى أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب اما أنه يجاء بلحمها ودمها يوم القيامة فيوضع فى ميزانك سبعين ضعفا قال أبو سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه أهذا لآل محمد عليه الصلاة والسلام فهم أهل لما خصوا به من الخير أم للمسلمين عامة قال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة . قال (والاضحية تجب على أهل السواد كما تجب على أهل الامصار) لانهم مقيمون مياسير وانما لم تجب على المسافرين لما يلحقهم من المشقة فى تحصيلها وذلك غير موجود فى حق أهل القرى وفى الاصل ذكر عن ابراهيم قال هى واجبة على أهل الامصار ما خلا الحاج وأراد بأهل الامصار المقيمين وبالحاج المسافرين فاما أهل مكة فعليهم الاضحية وان حجوا . قال (ولا بأس لاهل القرى أن يذبحوا الاضاحى بعد انشقاق الفجر) لما بينا أن دخول الوقت بانشقاق الفجر من يوم النحر الا ان أهل الامصار عليهم الصلاة فيلزمهم مراعاة الترتيب ولا صلاة على

أهل القرى لقوله عليه الصلاة والسلام لاجمعة ولا تشريق الا فى مصر جامع * ثم المعتبر المكان الذى فيه الاضحية حتى اذا كان الرجل بالمصر وأضحيته بالسواد يجوز أن يضحى بها بعد انشقاق الفجر فأما اذا كان هو بالسواد وأضحيته بالمصر لايجوز أن يضحى بها الا بعدفراغ الامام من الصلاة وقد بينا أن أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وذلك مروى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله تعالى عنهم . قال (ويجزيه الذبح في لياليها الا انهم كرهوا الذبح فى الليالى) لانه لايأمن أن يغلط فتفسد الظلمة الليل ولكن هذا لايمنع الجواز . قال(وليس على أهل منى يوم النحر صلاة العيد) لانهم فى وقت صلاة العيد مشغولون باداء المناسك فلا يلزمهم صلاة العيد ويجوز لهم التضحية بعد انشقاق الفجر كما لايجوز لاهل القرى والله سبحانه وتعالى أعلم

باب من الصيد أيضاً

قال رحمه الله تعالى ومن انفلت من يده صيد بعد ما أحرزه فأخذه غيره فهو للاول) لانه مال مملوك له فلا يزول ملكه بالانفلات من يده ولا يملكه الثانى بالاخذ لانه بالاخذ يملك الصيد المباح لا المال المملوك كمن أبق عبده فأخذه انسان آخر لايملكه ومن نصب شبكة فوقع فيها صيد وصار بحيث لايقدر علي الذهاب فأخذه رجل فصاحب الشبكة أحق به لانه صار آخذا له بالوقوع في شبكته وهذا بخلاف مالو ضرب فسطاطا فتعلق به صيد فأخذه انسان فهو للآخذ لان ناصب الشبكة يقصد الاصطياد فيصير هذا آخذا للصيد بالوقوع في شبكته ولهذا لو فعله محرم كان ضامناً وضارب الفسطاط ماقصد الاصطياد فلا يكون آخذاً له وان تعلق بفسطاطه ولهذا لو فعله محرم لم يضمن . قال(ومن أخذ بازيا أو شبهه فى مصر أو سواد وفى رجليه سير أو جلاجل وهو يعرف انه أهلى فعليه ان يعرفه ليرده على صاحبه)لانه تيقن بثبوت يد الغير عليه قبله فانه لايخرج من البيضة مع الجلاجل فاما أن يكون انفلت من يد صاحبه أو أرسله فلا يزول ملكه في الوجهين كمن سيب دابته فعرفنا انه ملك الغير فى يده بمنزلة اللقطة فعليه أن يعرفه ليرده على صاحبه وكذلك ان أخذ ظبيا وفى عنقه قلادة وكذلك لو أخذ حمامة فى المصر يعرف ان مثلها لا يكون وحشية فعليه أن يعرفها لانها بمنزلة اللقطة . وبهذا تبين ان من اتخذ برج حمام فأوكرت فيه حمام الناس فما يأخذ من فراخها لا

يحل له لان الفرخ يملك بملك الاصل فهو بمنزلة اللقطة في يده الا انه ان كان فقيراً يحل له التناول لحاجته وان كان غنيا ينبغي له أن يتصدق بها علي فقير ثم يشتري منه بشئ فيتناول وهكذا كان يفعله شيخنا الامام شمس الائمة رحمه الله تعالى وكان مولعا بأكل الحمام . قال (ومن كان عنده صيد فارسله عند احرامه فأخذه حلال ثم حل الاول فله أن يسترده منه) لان الواجب عليه رفع يده عن الصيد لا ازالة ملكه ألا ترى أن الرجل يحرم وله صيود في بيته فلا يلزمه شئ واذا كان بعد الارسال باقيا على ملكه لم يملكه الآخذ فله أن يسترده قال (ومن قتل بازيا معلما أو كلبا معلما لرجل فعليه قيمته) وقد بينا في هذه المسألة ان الكلب المعلم مال متقوم يجوز بيعه عندنا ويضمن متلفه وانما تعتبر قيمته كذلك بخلاف المحرم اذا قتل بازيا معلما فلا يعتبر في ايجاب القيمة عليه كونه معلما لان الجزاء على المحرم يجب حقا لله تعالى لمعنى الصيد في يد المقتول وبكونه معلما ينتقص ذلك لانه يخرج به من أن يكون متوحشا فلا يزاد به قيمته في حق الله تعالى فأما وجوب الضمان للآدمي لكونه مالا منتفعا به ويزداد ذلك بكونه معلما فلهذا اعتبر قيمته كذلك فان كان الكلب ليس بكلب صيد ولا ماشية فقتله رجل غرم قيمته أيضا ومراده اذا كان بحيث يقبل التعليم حتى يكون مالا منتفعا به وان كان عقوراً لا يقبل التعليم فمتلفه لا يضمن شيئا لانه غير مؤدى وليس بمال منتفع به وقد بينا جواز بيع كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير لانه يقبل التعليم ويتأتى الانتفاع به ولا يجوز بيع لحم شيء من ذلك لانه لا منفعة في اللحم سوى الاكل فاذا لم يكن مالا مأكولا لا يكون مالا متقوماً وجواز البيع يختص بمال متقوم حتى اذا كان له ثمن بأن كان يرغب فيه لاطعام الكلاب والسنانير جاز بيعه اذا كان مذكى الا أن يكون ميتة وما كان من جلودها اذا دبغها رجل وباعها جاز بيعها لانه مال منتفع به وان كانت غير مدبوغة لم يجز ومراده اذا كانت ميتة فأما اذا كانت مذكاة يجوز وقد بينا أن عمل الذكاة في الحل والطهارة في مأكول اللحم وفي طهارة الجلد في غير مأكول اللحم كالدباغ . قال (وان وجد في الماء سمكة مقطوعة لا يدرى من قطعها فلا بأس بأكلها) لانه ليس فيها ما يدل علي سبق يد اليها لتوهم أن يكون فعله بها سمكة أخرى وان أصاب في وسطها أو في موضع منها خيطا مربوطا لم يأكلها ويعرفها لانه علم أن يدا أخرى سبقت اليها فكانت بمنزلة اللقطة فيعرفها . قال (ومن سمع حسا ظن انه حس صيد فرماه أو

أرسل كلبه فأصاب صيدا فان كان ذلك الحس حس صيد فلا بأس بما أصاب ذلك وان كان حس انسان أو غيره من الاهليات لم يحل له ذلك الصيد) لانه رمى الى الحس والرمى الى الاهلي لا يكون اصطيادا وحل الصيد بوجود فعل الاصطياد فاما اذا كان الحس حس صيد فرميه وارساله الكلب كان اصطيادا فيحل تناوله اذا أصاب صيدا مأكولا سواء كان الحس حس صيد مأكول أو غيرمأكول وعن زفر رحمه الله قال ان كان الحس حس صيد مأكول لم يحل تناوله وان أصاب صيداً مأكولا لان فعله لم يكن مبيحاً ألا ترى أنه لو أصاب ما قصده لم يفد الحل وعن أبي يوسف رحمه الله قال اذا كان الحس حس خنزير لم يحل وان أصاب رميه الصيد بخلاف السباع لان الخنزير من المحترم العين فأما في سائر السباع فان فعله مؤثر فى طهارة الجلد فاذا أصاب ما يحل تناوله كان مؤثرا فى اباحة اللحم أيضاً والصحيح ما بينا ان فعل الانسان في كل متوحش اصطياد فأما حل التناول باعتبار صفة فى المحل فاذا أصاب فعله فى الاصطياد محلا مأكولا قلنا يباح تناوله وان لم يتبين ما كان ذلك الحس لم يحل له أكله لاجتماع المعنى الموجب للحل والمعنى الموجب للحرمة وفي النوادر إذا رمى طيراً فاصاب صيداً وذهب الطير فلم يعرف ان كان أهلياً أو وحشياً حل له أن يتناول الصيد لان الطير فى الاصل وحشي بخلاف ما لو رمى بعيرا فأصاب صيداً وذهب البعير فلم يعرف ان كان أهليا أومتوحشا فانه لا يحل تناول الصيد لانه مألوف في الاصل والتوحش منه نادر فتمسك بالاصل حتى يظهر خلافه وان سمع حسا فظن أنه إنسان فرماه فأصاب مارماه وتبين انه كان صيداً يحل تناوله لان حقيقة فعله اصطياد وظنه بخلاف حقيقة فعله لغو. قال (ولو رمى خنزيرا أهليا فأصاب صيداً لم يؤكل) لان الخنزير الاهلي ليس بصيد فهو والورمي شاة سواء وكذلك لو رمى حربياً مختفياً أو متمكنا فأصاب صيداً لم يأكله لان رميه الى الحربي ليس باصطياد ولا هو مؤثر في الحل فلهذا لا يحل تناول ما أصابه من الصيد والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب الصيد في الحرم ﴾

قال رحمه الله تعالى (واذا خرج الصيد من الحرم الى الحل فلا بأس باصطياده) لانه صيد الحل كما كان قبل دخوله الحرم وهذا لان المانع من اصطياده كان حرمة الحرم وقد زال بخروجه الى الحل فهو نظير محرم حل من احرامه وفيه نص وهو قوله تعالى واذا حللتم

فاصطادوا . قال (وان رمى رجل صيداً فى الحل فأصابه ثم دخل الصيد الحرم فمات منه لم يكن عليه جزاء)لان وجوب الجزاء باعتبار فعل المحظور وفعله كان مباحاً وهو الرمى الى صيدفى الحل أو باعتبار حرمة المحل ولم يكن محترماً حين ماأصاب السهم الصيد فهو كمالو رمى الى حربى أومرتد فأصابه ثم أسلم وفى القياس لا بأس بأ كله لان فعله كان مذ كيا له ألا ترى أنه لو مات فى الحل حل تناوله فكذلك اذا مات بعد ما دخل الحرم لانه دخله وهو مذ كى وحرمة الحرم انما تظهر فى حق الصيد لا فى حق المذ كى ولكنه استحسن فقال يكره أ كله لان حل التناول عند زهوق الروح وهو عنـد ذلك فى الحرم والحكم يضاف الى الشرط وجوداً عنده كما يضاف الى السبب ثبوتا به فاعتبار هذه الحالة يوجب الحرمة واعتبار حالة الاصابة يبيح فيغلب الموجب للحرمة وبه فارق الجزاء لان الجزاء بالشك لا يجب ولان الجزاء باعتبار الفعل فان الحل صفة فى المحل والمحل فى الحرم عند ثبوت صفة الحل فيه . قال (وان أصابه فى الحرم فمات في الحل فلا خير في أ كله) لان الحل باعتبار الاصابة وقد أصابه وهو صيد الحرم وهذه هى المسألة المستثناة من أصلنا ان المعتبر لحالة الرمى فيما ينبى عليه الاحكام دون حالة الاصابة فان فى حل التناول يعتبر حالة الاصابة أيضا لان الحل صفة للمحل وانما يثبت فى المحل عند الاصابة فلا بد من اعتبار تلك الحالة فيه وكذلك ان أصابه فى الحل وقد رماه من الحرم لان الرمى من الحرم قيل محظور قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم قيل معناه وأنتم في الحرم لانه يقال أحرم اذا دخل في الحرم كما يقال أشأم اذا دخل الشام والموجب للحل الذكاة لا القتل المحظور والدليل عليه وجوب الجزاء على الرامى فهو من هذا الوجه بمنزلة محرم يقتل صيدا وكذلك ان رماه من الحل فى الحرم لان الصيد اذا كان فى الحرم فهو ممنوع من الرمى اليه وان كان فى الحل فيكون فعله فعلا محظورا ألا ترى ان عليه قيمة الجزاء ولو كان الرامى في الحل والصيد في الحل فمر السهم في الحرم حتى أصاب الصيد فلا بأس بأ كله وان تعمد ذلك لان الرمى مباح له فكان فعله ذكاة شرعا وهذا لان الحرمة باعتبار معنى في الحل وفى الرامى ولم يوجد ذلك لان اصل السبب فعل الرامى وثبوت الحكم عند الاصابة وما بين ذلك غير معتبر أصلا فى اضافة الحكم اليه . قال (فان رمى نصرانى من الحرم صيدا فى الحل فمات فلا خير فى أ كله)لان النصرانى فى حكم الذكاة لا يكون أعلى من المسلم فاذا كان هذا الفعل من المسلم لا يبيح الصيد فكذلك من النصرانى

كما لو ترك التسمية عمداً ﴿فان قيل﴾ المنع من الرمى صوب الحرم حق الشرع والنصرانى لايخاطب بذلك ولهذا لا يلزمه الجزاء ﴿قلنا﴾ حرمة الحرم تظهر فى حق الكافر كما تظهر في حق المسلم ولهذا لايقتل الحربى والمرتد فى الحرم ثم النصرانى فى حكم الذكاة تبع للمسلم والتبع يلحق بالاصل فى حكمه وان لم يشاركه فى علته * وكذلك لوذبح نصرانى أو صبي صيدا في الحرم لم يؤكل لانهما في حكم الذكاة تبع للمسلم البالغ فاذا لم يكن هذا الفعل من المسلم البالغ واجبا للحل فكذلك من النصرانى والصبي. قال (ولو ان رجلا أخرج صيدا من الحرم فذبحه في الحل فعليه جزاؤه) لانه كان في الحرم آمنا صيداً وقد زال ذلك بأخذه واخراجه وكان مطالباً شرعاً باعادته الى مأمنه وإرساله فيه وقد فوت ذلك بذبحه فعليه الجزاء والتنزه عن أكله أفضل بخلاف ما اذا ذبحه فى الحرم فان ذلك حرام تناوله لانه حين ذبحه كان صيد الحرم ففعله فيه يكون قتلاً ولا يكون ذكاة وهنا حين ذبحه كان صيد الحل فيكون فعله فيه ذكاة وباعتبار هذا الفعل لا يلزمه الجزاء وإنما يلزمه بالاخذ السابق فلهذا لا يحرم تناوله إلا أن التنزه عنه أفضل لان تقرر الجزاء عليه بفعل الذبح وان كان الوجوب سبب الاخذ فباعتبار هذا المعنى يمكن شبهة فيه ولأنا لو أطلقنا له حق التناول تطرق الناس الى ذلك فيخرجون الصيد من الحرم ويذبحونه فى الحل وفي ذلك تعليل صيد الحرم فللمنع من هذا قلنا التنزه عن أكله أفضل. وكذلك ان كان صاده أولاً فى الحل ثم أدخله الحرم ثم أخرجه الى الحل لانه حين أدخله الحرم فقد صار صيد الحرم فهو والمأخوذ في الحرم سواء بدليل وجوب الجزاء عليه وهذا عندنا فأما عند الشافعى رحمه الله تعالي حرمة الحرم لا تظهر فى حق صيد مملوك فاذا ملكه بالاخذ فى الحل ثم أدخله الحرم لم يثبت له حرمة الحرم وعندنا حرمة الحرم فى حق الصيد كحرمة الاحرام فكما يحرم عليه بالاحرام امساك الصيد المملوك ويلزمه إرساله فكذلك يحرم بسبب الحرم إمساكه وقد بيناه هذا في المناسك * وكذلك حلال أحرم وفى يده صيد ثم حل ثم ذبحه فهذا والاول سواء لانه لما أحرم فقد وجب عليه إرساله وحين ذبحه تقرر عليه جزاؤه وان كان بعد الحل فلهذا كره أكله. قال (محرم صاد صيداً فدفعه الي حلال فذبحه فهو والاول سواء) لانه بما صنع مفوت مالزمه من الارسال ومقرر للجزاء على نفسه فهو كما لو ذبحه بنفسه بعد ماحل من إحرامه ولو ذبحه بنفسه بعد ماحل من احرامه وهو محرم أو في الحرم كان ذلك أشد من هذا حالا فان ذلك بمنزلة الميتة وهذا مكروه

التناول لان الحل باعتبار فعل الذكاة وفعل المحرم أو الذى فى الحرم محظور فلا يكون ذكاة شرعا فاما المدفوع اليه حلال فعله فى حق نفسه ذكاة ولكن باعتبار أنه مفوت للارسال ومقرر للجزاء على الآخذ يلحقه نوع خطر وذلك ليس لمعنى فى نفس الفعل فلا يثبت به الحرمة مطلقاً وانما تثبت الكراهة. قال (وان أرسله المحرم فذبحه حلال فلا بأس به) لان المحرم أتى بما هو المستحق عليه فيخرج به من عهدة أخذه وذبح الحلال إياه كذبح صيد آخر فى الحكم. قال (ولو أن حلالا أخرج صيداً من الحرم الى الحل فأرسله فصاده حلال فذبحه فلا باس بأكله) لانه صيد الحل فانه بالارسال قد خرج من يد الذى أخرجه من الحرم فهو والذى خرج بنفسه من الحرم سواء فى حل التناول ولكن على الذى أخرجه الجزاء لان المستحق عليه شرعاً اعادته الى مأمنه فانه بالاخراج من الحرم ازال الامن عنه فاذا تلف قبل العود الى مأمنه تقرر الجزاء عليه لانعدام ما ينسخ فعله بخلاف الاول فان على المحرم رفع اليد عنه بالارسال فينفسخ حكم فعله بمجرد إرساله ووزان هذا من ذاك ما لو عاد الصيد الى الحرم بعد ما أرسله ثم أصابه ما أصابه وكذلك لو كان الذى أخرجه من الحرم هو الذى صاده بعد ما أرسله فذبحه لم يكن بأكله بأس لانه حلال ذبح صيداً فى الحل فهو وغيره في الحالين سواء قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو وغيره سواء فى ذلك الا أن عليه الجزاء وأبو حنيفة رحمه الله في هذا لا يخالفهما والمعنى فيه ان الحل باعتبار الفعل الثانى ووجوب الجزاء عليه باعتبار فعله الاول وهو اخراجه من الحرم ولم يبق ذلك الاخراج بعد ما أرسله فلهذا لا تثبت الحرمة ولكن بقاء الفعل غير معتبر في بقاء ماوجب به من الجزاء بخلاف ما اذا ذبحه في الحل قبل ان يرسله ودفعه الى غيره فذبحه لان تلك اليد باقية حقيقة وحكماً وانما تمكن من الذبح باعتبارها فلهذا كره أكلها. قال (محرم أصاب صيداً فادخله منزله فى الحل فجاء بعض أهله فذبحه فلا بأس بأكله) وأضاف الجواب الى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه لم يحفظ جواب أبي حنيفة رحمه الله لان جوابه يخالف جوابهما وهذا لان الذابح حلال وقد ذبحه فى الحل ولو أرسله المحرم في غير منزله فذبحه حلال حل تناوله فكذلك اذا أرسله فى منزله الا أن على المحرم الجزاء لانه ما نسخ حكم فعله بارساله اياه من منزله فان معنى الصيدية من حيث التنفير والاستيحاش لمن بعد اليه كما كان قبل أخذه فلهذا كان عليه الجزاء بخلاف مالو أرسل جارحا من منزله. قال ولا يعجبنا هذا الفعل لان فعل بعض أهله في الذبح كفعله من وجه فانه ينفق

عليهم ليفعلوا له مثل هذه الافعال فمن هذا الوجه الذابح كالمأمور من جهته فلهذا قال لا يعجبنا هذا الفعل وكذلك ان أرسله فى منزله فخرج من منزله فتبعه بعض أهله وذبحه ولم يأمره بذلك فهذا والاول سواء ولا أكره أكله وفى رواية أبى حفص قال وأكره أكله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بأكله * والحاصل أنه لم يتم ارساله بعد فى حق نسخ الفعل لان الذى تبعه انما تمكن من أخذه باعتبار الفعل الموجود من المحرم فكان عليه الجزاء لذلك الا ان في اباحة التناول هما يقولان لو أرسله خارجا من منزله حل تناوله اذا ذبحه انسان بعد ذلك فكذلك اذا أرسله في منزله فخرج هكذا وجه رواية ابى سليمان حيث قال ولا أكره أكله ووجه رواية أبى حفص وهو انه لما أرسله بمرأى العين من بعض أهله فقد طلب منه دلالة أن يتبعه فيأخذه ولو أمره بذلك نصا كان تناوله مكروها فكذلك اذا كان طالبا لذلك الفعل دلالة . قال (وان انفلت من المحرم فى جوف المصر أو أرسله فأخذه إنسان فذبحه فهذا كانه فى يده حتى يرسله) لان بالارسال في جوف المصر لم يعد اليه التنفير والاستيحاش على الوجه الذى كان قبل أخذه فلا ينسخ به حكم فعله وهذا لان ما فى جوف المصر يمكن أخذه بغير اصطياده عادة ولهذا قلنا لو ندت شاة في المصر لم تحل بالرمى . قال (واذا انفلت منه فى الصحراء لا يقدر على أخذه الا بصيد فرماه حلال فلا بأس به كما لو أرسله فى الصحراء) وهذا لان حكم فعله قد انتسخ حين عاد صيدا متوحشا كما كان فكأنه لم يأخذه قط . قال (حلال ارسل كلبه على صيد في الحل فتبعه الكلب حتى أدخله الحرم فقتله فيه كرهت له أكله) لما بينا ان الحل يثبت عند الاصابة وعند ذلك هو صيد الحرم وان كان أصل الارسال فى الحل فكذلك اذا أدركه صاحبه حيا فأخذه وأخرجه الى الحل وذبحه لانه حين أخذه من فم الكلب فهو صيد الحرم وقد بطل حكم ذلك الارسال حين وقع فى يده حيا (فجواب) هذا الفصل كجواب ما لو أخرج صيدا من الحرم وذبحه في الحل . وان أرسل كلبه من الحرم على صيد فى الحل كرهت له أكله وعليه الجزاء لان ارساله الكلب على الصيد اصطياد ومن هو داخل الحرم ممنوع من الاصطياد فارسال الكلب عليه والرمى اليه سواء كما بينا . قال (وان أرسله فى الحل على صيد فى الحرم فتبعه حتى أخرجه الى الحل ثم أخذه وقتله كرهته أيضا) لانه أرسله على صيد الحرم وذلك فعل محظور فهو كما لو رمى الصيد في الحرم فخرج من الحرم قبل الاصابة . قال (وان أخذه من الكلب حياً فى الحل فذبحه كرهت له هذا الصنع ولا

بأس بأكله في القياس) لانه حين أخذه حيا فقد بطل حكم ارسال الكلب حتى لا يحل الا بذكاة الاختيار فانما بقى المعتبر أخذه وذبحه وقد حصل في صيد الحل فلا بأس بأكله وانما كره له هذا الصنع لتمكنه من أخذه بذلك الارسال السابق وقد كان حراماً بكون الصيد في الحرم عند ذلك . قال (ظبي بعض قوائمه في الحل وبعضها في الحرم رماه حلال في الحرم فقتله فانه يكره أكله لوجوب الجزاء عليه) وهذا لان قوام الصيد بقوائمه واعتبار مافي الحرم من قوائمه يجعله صيد الحرم وهذا الجانب يترجح لانه جانب الحظار وجانب الحرمة لحق الشرع وان كانت قوائمه في الحل ورأسه في الحرم فلا بأس بأكله لانه صيد الحل فان قوام الصيد بقوائمه . وقيل هذا اذا كان قائما فان كان نائما فهذا والاول سواء لان استمساكه على الارض في حال نومه باعتبار جميع بدنه فاذا كان جانب منه في الحرم فهو صيد الحرم وقد بينا في المناسك في الشجرة ان المعتبر موضع أصلها لا موضع أغصانها وفي الصيد الواقع على بعض اغصانها يعتبر موضع ذلك الغصن لان قوام الصيد ليس بغصن الشجرة قال الله تعالى مايمسكهن الا الله فأما قوام غصن الشجره فبأصلها ففي حق ضمان الغصن يعتبر موضع أصل الشجرة وفي حق ضمان الصيد يعتبر الموضع الذي فيه الصيد فان كان في هواء الحرم فهذا الصيد صيد الحرم . قال (وان اشترك الحلال والمحرم في رمي الصيد لم يحل أكله) لان اعتبار فعل المحرم محرم والموجب للحرمة يغلب على الموجب للحل كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل الصيد . قال (رجل أرسل بازيا على صيد في الحرم فتبعه حتى أخرجه الى الحل فقتله كرهت أكله) لان أصل السبب ارسال البازي وقد كان محظورا فان أرسله على صيد في الحرم فاعتباره يثبت الكراهة . قال (حلال أخرج ظبية من الحرم فولدت أولاداً ثم ذبحها وأولادها فليس أكلها وأكل أولادها بحرام) لان الحل بالذبح وقد حصل من حلال في صيد في الحل . ولكن لايعجبني هذا الفعل لانه لو أذن في ذلك تطرق الناس اليه ولانه تمكن من الذبح بالاخذ السابق وقد كان ذلك الاخذ حراماً عليه وعليه الجزاء فيها وفي أولادها لان الارسال والاعادة الى المأمن مستحق عليه فيها وفي أولادها فاذا فوت ذلك بالذبح كان عليه الجزاء ولانه انما يضمن جزاء الام لاتلافه معنى الصيدية فيها باثبات اليد عليها وهذا المعنى موجود في ولدها وكذلك ان أدى الجزاء عنها ثم ذبحها فهذا والاول سواء لانه مطالب بارسالها واعادتها

الى الماء من بعد أداء الجزاء فان البدل انما يظهر حكمه عند فوات الاصل فأما مع القدرة على الاصل فلا معتبر بالبدل وما ولدت في يده بعد اداء الجزاء فليس عليه في ذلك الولد جزاء لانه لو ماتت هي في يده بعد أداء الجزاء لم يلزمه شيء آخر فعرفنا انه ليس في عينها حق مستحق بعد أداء الجزاء ليسري الى الولد بخلاف ماقبل أداء الجزاء ﴿فان قيل﴾ فأين ذهب قولكم انه لامعتبر بالبدل حال قيام الاصل وانه مطالب باعادتها الى الماء من بعد أداء الجزاء ﴿قلنا﴾ نعم لامعتبر بالبدل حال قيام البدل ولكن لايجمع الاصل والبدل فيبقى بعد أداء الجزاء الحق متردداً بين الارسال الذي هو الاصل وبين المؤدى من الجزاء ولهذا لو باعه بعد بيعه يظهر ذلك عند فوات الاصل وباعتبار جانب المؤدى من الجزاء لا يظهر في الولد الحادث بعد ذلك استحقاق شيء فلهذا لا يلزمه الجزاء فيه ولانه تملك ذلك الصيد بما أدى من الجزاء ولهذا لو باعه نفذ بيعه فالولد انما يتولد بعد ذلك من ملكه فلهذا لايلزمه الجزاء فيه * وكذلك لو كان محرماً صاد ظبية ثم حل من احرامه وهي في يده فحالها وحال أولادها كما بينا في الفصل الاول من الفرق بين ماقبل أداء الجزاء أو بعد أداء الجزاء فان ماقررناه من المعنى يشتمل على الفصلين جميعاً والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب الوقف

قال الشيخ الامام الزاهد الاجل شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء : اعلم بان الوقف لغة الحبس والمنع وفيه لغتان أوقف يوقف ايقافا ووقف يقف وقفا قال الله تعالى وقفوهم انهم مسؤلون . وفي الشريعة عبارة عن حبس المملوك عن التمليك من الغير وظن بعض أصحابنا رحمهم الله انه غير جائز على قول أبي حنيفة واليه يشير في ظاهر الرواية . فنقول أما أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه فكان لايجيز ذلك ومراده أن لا يجعله لازماً فأما أصل الجواز ثابت عنده لانه يجعل الواقف حابساً للعين على ملكه صارفا للمنفعة الى الجهة التي سماها فيكون بمنزلة العارية والعارية جائزة غير لازمة ولهذا قال لو أوصي به بعد موته يكون لازماً بمنزلة الوصية بالمنفعة بعد الموت وذكر الطحاوي رحمه الله تعالى ان عنده لو نفذه في مرضه فهو كالمضاف الى ما بعد الموت لان تصرف المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلثه وخصوصا فيما لا

يكون تمليكا كالعتق كانه يجعله موقوفا على ما يظهر عند موته والصحيح أن ماباشره فى المرض بمنزلة مالو باشره فى الصحة في انه لا يتعلق به اللزوم ولا يمتنع الارث بمنزلة العارية الا أن يقول فى حياتى وبعد موتى فحينئذ يلزم اذا كان مؤبدا وصار الابد فيه كمر الموصى له بالخدمة فى لزوم الوصية بعد الموت فأما أبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا الوقف يزيل ملكه وانما يحبس العين عن الدخول فى ملك غيره وليس من ضرورة ذلك امتناع زوال ملكه فلزوال الملك فى حقه يلزم حتى لا يورث عنه بعد وفاته لان الوارث يخلف المورث فى ملكه وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يقول بقول أبى حنيفة رحمه الله ولكنه لما حج مع الرشيد رحمه الله فرأى وقوف الصحابة رضوان الله عليهم بالمدينة ونواحيها رجع فافتى بلزوم الوقف فقد رجع عند ذلك عن ثلاث مسائل (احداها) هذه (والثانية) تقدير الصاع بثمانية أرطال (والثالثة) أذان الفجر قبل طلوع الفجر . وحجتهم فى ذلك الآثار المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين منهم عمر وعثمان وعلى وطلحة والزبير وعائشة وحفصة رضى الله تعالى عنهم فانهم باشروا الوقف وهو باق الى يومنا هذا وكذلك وقف ابراهيم الخليل صلوات الله وسلامه عليه باق الى يومنا هذا وقد أمرنا باتباعه قال الله تعالى واتبعوا ملة ابراهيم حنيفا والناس تعاملوا به من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يعنى اتخاذ الرباطات والخانات وتعامل الناس من غير نكير حجة وقد استبعد محمد رحمه الله قول أبى حنيفة في الكتاب لهذا وسماه تحكما على الناس من غير حجة فقال ما أخذ الناس بقول أبى حنيفة وأصحابه الا بتركهم التحكم على الناس فاذا كانوا هم الذين يتحكمون على الناس بغير أثر ولا قياس لم يقلدوا هذه الاشياء ولو جاز التقليد كان من مضي من قبل أبى حنيفة مثل الحسن البصرى وابراهيم النخعى رحمهما الله أحرى أن يقلدوا ولم يحمد على ما قال . وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفريغ مسائل الوقف حتى خاض فى الصكوك واستكثر أصحابه من بعده من تفريغ مسائل الوقف كالخصاف وهلال رحمهما الله ولو كان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في الاحياء حين قال ما قال لدمر عليه فانه كما قال مالك رضى الله تعالى عنه رأيت رجلا لو قال هذه الاسطوانة من ذهب لدل عليه ولكن كل مجرى بالجلاء يسر * ثم استدل بالمسجد فقال اتخاذ المسجد يلزم بالاتفاق وهو اخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن يدخل فى ملك أحد ولكنها تصير محبوسة بنوع قربة قصدها فكذلك

في الوقف وبهذا تبين أنه ليس من ضرورة الحبس عن الدخول في ملك الغير امتناع خروجه عن ملكه * ثم للناس حاجة الى ما يرجع الي مصالح معاشهم ومعادهم فاذا جاز هذا النوع من الاخراج والحبس لمصلحة المعاد فكذلك لمصلحة المعاش كبناء الخانات والرباطات واتخاذ المقابر ولو جاز الفرق بين هذا الاشياء لكان الأولي أن يقال لا يلزم المسجد وتلزم المقبرة حتى لا يورث لما في النبش من الاضرار والاستبعاد عند الناس أو كان ينبغى أن يلتزم الوقف دون المسجد لان فى الوقف وان انعدم التمليك فى عينه فلذلك يوجد فيما هو المقصود به وهو التصدق بالغلة وذلك لا يوجد فى المسجد فكان هذا الفرق أبعد عن التحكم مما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله هذا معنى ما احتج به محمد رحمه الله وقد طوله فى الكتاب * ويستدلون بالعتق أيضاً فقيه ازالة الملك الثابت فى العبد من غير تمليك وصح ذلك على قصد التقرب فكذلك فى الوقف وحجة أبي حنيفة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ابن ادم مالى مالى وهل لك من مالك الا ما أكلت فأفنيت أو لبست فأبليت أو تصدقت فامضيت وما سوى ذلك فهو مال الوارث فبين النبي عليه الصلاة والسلام ان الارث انما ينعدم فى الصدقة التى أمضاها وذلك لا يكون الا بعد التمليك من غيره (وسئل) الشعبي عن الحبس فقال جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبس فهذا بيان أن لزوم الوقف كان فى شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله تعالى عنهم لا حبس عن فرائض الله تعالى ولكنهم يحملون هذا الاثر علي ما كان أهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ولكنا نقول النكرة فى موضع النفى تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ماقام عليه دليل (واستدل) بعض مشايخنا رحمهم الله بقوله عليه الصلاة والسلام إنا معاشر الانبياء لا نورث ما تركناه صدقة فقالوا معناه ما تركناه صدقة لا يورث ذلك عنا وليس المراد أن أموال الانبياء عليهم الصلاة والسلام لا تورث وقد قال الله تعالى وورث سليمان داود وقال تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني ويرث من آل يعقوب فحاشا ان يتكلم رسول الله صلي الله عليه وسلم بخلاف المنزل فعلى هذا التأويل فى الحديث بيان أن لزوم الوقف من الانبياء عليهم الصلاة والسلام خاصة بناء على أن الوعد منهم كالعهد من غيرهم. ولكن فى هذا الكلام نظر فقد استدل أبو بكر رضى الله عنه على فاطمة رضى الله عنها حين ادعت فدك بهذا الحديث على ما روى انها ادعت ان رسول الله

صلي الله عليه وسلم وهب فدك لها وأقامت رجلا وامرأة فقال أبو بكر رضى الله تعالى عنه ضمى الى الرجل رجلا أوالي المرأة امرأة فلما لم تجد ذلك جعلت تقول من يرثك فقال أبو بكر رضى الله تعالى عنه أولادى فقالت فاطمة رضي الله تعالى عنها أيرثك أولادك ولا أرث أنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبو بكر رضي الله عنه سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول انامعشر الانبياء لانورث ماتركناه صدقة فعرفنا أن المراد بيان ان ماتركه يكون صدقة ولا يكون ميراثا عنه . وقد وقعت الفتنة بين الناس بسبب ذلك فترك الاشتغال به أسلم والمعنى فيه ان العين الموقوفة فيه كانت مملوكة قبل الوقف وبقيت بعده مملوكة والمملوك بغير مالك لايكون فمن ضرورة بقائها مملوكة أن يكون هو المالك أوغيره ولم تصر مملوكة لغيره فكانت باقية على ملكه والوارث يخلف المورث فى ملكه . وبيان قولنا انها بقيت مملوكة انه ينتفع بها على وجه الانتفاع بالمملوكات من حيث السكنى والزراعة وسائر وجوه الانتفاعات ولأنها خلقت مملوكة فى الاصل وقد تقرر ذلك بتمام الاحراز فلا يتصور اخراجها عن ان تكون مملوكة الا أن يجعلها لله تعالي خالصاً وبالوقف لا يتحقق ذلك . وفى هذه التسمية ما يدل علي انها مملوكة محبوسة وبه فارق العتق فالآدمى خلق فى الأصل ليكون مالكا فصفة المملوكية فيه عارض محتمل للرفع واذا رفع كان مالكا كما كان . ومن ضرورة اثبات قوة المالكية انعدام المملوكية وبخلاف المسجد فان تلك البقعة تخرج من ان تكون مملوكة وتصير لله تعالى ألا ترى انه لا ينتفع بها بشىء من منافع الملك وان كانت تصلح لذلك وقد وجدنا لهذا الطريق أصلا فى الشرع وهو الكعبة فتلك البقعة لله تعالى خالصة متحرزة عن ملك العباد فألحقنا سائر المساجد بها ولم نجد مثل ذلك في الوقف بل الوقف بمنزلة تسييب أهل الجاهلية من حيث انه لا تخرج به العين من أن تكون مملوكة منتفعا بها ولو سبب دابته لم تخرج من ملكه فكذلك اذا وقف أرضه أو داره واذا بقيت مملوكة له لا يمتنع الارث فيها الا باعتبار حق يستثنيه لنفسه بعد وفاته وذلك فيما اذا أضاف الوقف الى ما بعد الموت فانه تبقى العين على حكم ملكه لشغله إياه بحاجته والناس لم يأخذوا قول أبى حنيفة في المسئلة الا باشتهار الآثار فأما من حيث المعنى كلامه قوى وهو يحمل الآثار على الوقف المضاف الى ما بعد الموت أو المنفعة فى الحياة وبعد الموت . قال رحمه الله تعالى قد تم الكتاب على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه وانما البيان بعد هذا على قولهما * ثم بدأ الكتاب بحديث رواه

عن صخر بن جويرة عن نافع أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كانت له أرض تدعى ثمغا وكان نخلا نفيساً فقال عمر رضى الله تعالى عنه يارسول الله انى استفدت مالا وهو عندى نفيس أفأتصدق به فقال صلوات الله وسلامه عليه تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق من ثمره . فتصدق به عمر رضى الله عنه فى سبيل الله تعالى وفى الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذى القربى منه ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يؤكل صديقاً له غير متمول منه . وهذه الأرض سهم عمر رضى الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين أصحابه رضى الله عنهم وثمغ لقب لها . وقد كانت لاملاكهم ألقاب حتى كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ناقة يقال لها العضباء وبغلة يقال لها دلدل وفرس يقال له السكب وحمار يقال له يعفور وعمامة تسمى السحابة . ثم فى هذا دليل أن من قصد التقرب الى الله سبحانه وتعالى فينبغى أن يختار لذلك أنفس أمواله واطيبها قال الله تعالى لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وقال الله سبحانه وتعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون فلهذا اختار عمر رضى الله عنه أنفس أمواله وأطيبها لما أراد التصدق . وفيه دليل على ان من أراد التقرب الى الله تعالى فالاولي ان يقدم السؤال عن ذلك وان الربا لا يدخل في هذا السؤال بخلاف ما يقوله جهال المتقشفة . ثم أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوقف بقوله تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث فهو من حجة من يقول بلزوم الوقف وقد روى عن علي رضي الله عنه انه وقف كما فعله عمر رضى الله عنه ولكن لم يستثن للوالى شيئا وفيه دليل على ان كل ذلك واسع ان استثنى للوالى ان يأكل بالمعروف كما فعله عمر رضى الله عنه وهو صواب وان لم يستثن ذلك كما فعله علي رضي الله عنه فهو صواب أيضاً وللوالى ان يأكل منه بالمعروف مقدار حاجته كما ان للامام فعل ذلك فى بيت المال ولوصى اليتيم ذلك فى مال اليتيم اذا عمل له قال الله تعالي ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ولكن لا يكون له أن يؤكل غيره ممن ليس فى عياله الا اذا شرط الواقف ذلك كما فعله عمر رضى الله عنه أو يؤكل صديقاً له (وقوله) غير متمول منه يعنى يكتفى بما يأكل ولا يكتسب به المال بالبيع لنفسه وهو نظير الغازى فى طعام الغنيمة يباح له أن يتناول بقدر حاجته ولا يتمول ذلك بالبيع والاقراض من غيره وفيه دليل محمد رحمه الله ان الوقف لا يتم الا بالتسليم الى المتولى . وفى قوله لا جناح على من وليه اشارة الى ذلك وقد روى انه جعل وقفه فى يد ابنته حفصة رضى الله تعالى عنهما قال محمد رحمه الله ولهذا يأخذ اذا

تصدق بها فى حياته فى صحته كان ذلك من جميع ماله واذا تصدق به فى مرضه كان ذلك من ثلثه لانه ازالة الملك بطريق التبرع . ثم لا خلاف أنه لو قال تصدقت بأرضى هذه على الفقراء والمساكين انه لا يكون وقفاً بل يكون ذلك نذراً بالصدقة اذا قصد به الالزام فان عين انساناً فهو تصدق عليه بطريق التمليك ولا يتم الا بالتسليم ولو قال وقفت أرضى هذه أوحبستها أو حرمتها أو هى موقوفة أو محبوسة أو محرمة فهذا باطل بالاتفاق لان كلامه يحتمل فلعل مراده وقفها على ملكى لتكون مصروفة في حاجتى أو على قضاء ديونى فان قال لانسان بعينه وقفتها لك أو حبستها لك أو قال هي لك وقف أو حبس فهو باطل أيضا الا على قول أبي يوسف فانه يقول يكون تمليكا منه يتم بالتسليم اليه بقوله لك . وقوله وقف أوحبس باطل . ووجه ظاهر الرواية أن قوله وقف أو حبس تفسير لقوله لك فيمنع ذلك تمليك الغير منه والكلام المبهم اذا اقترن به تفسير كان الحكم لذلك التفسير كقوله دارى لك سكنى تكون عارية فان قال هى صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين وأخرجها من يده الى يد قيم يقوم بها وينفق عليها في مرمتها واصلاح مجاريها وزرعها ويرفع من غلتها مايحتاج اليه لنوائبها ويقسم الباقى بعد ذلك فى كل سنة على الفقراء والمساكين فهذه صدقة جائزة وليس له أن يرجع فيها لاستجماع شرائط الوقف على قول من يقول بلزوم الوقف من القسمة والتسليم واخراج الاصل عن ملكه والتأبيد فى جهة صرف الغلة مابقيت الدنيا وانما يبدأ من غلتها بمرمتها واصلاح مجاريها لانها لا تبقى منتفعا بها الا بعد ذلك ومقصود الواقف أن تكون الصدقة جارية له الى يوم القيامة كما قال عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة علم علمه الناس فهم يعملون به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة جارية له الي يوم القيامة وفى بعض الروايات قال الاسبعا وذكر من جملة ذلك نهراً أكراه وخانا بناه ومصحفا سبله وانما يرفع من غلتها مايحتاج اليه لنوائبها لانه لا يتمكن من الزراعة الا بذلك ولان الغلة لا تطيب من الاراضي الخراجية الا بأداء الخراج وانما قصد الواقف أن يكون التصدق عنه باطيب المال وذلك عند أداء النوائب فلهذا يرفع الوالى من غلتها مايحتاج اليه لنوائبها ويقسم الباقى بعد ذلك فى كل سنة وليس هذا بتوقيت لازم ولكن يقسم عند حصول الغلة ومن الاراضى مايغل في السنة مرتين ومنها ما يغل فى السنة مرة فكما حصلت الغلة ينبغى له أن يقسم مايحصل من النوائب فى الفقراء والمساكين ولا يؤخر لما فى التأخير من الآفات وفى

التعجيل من القربة تحصيل مقصود الواقف ولذلك اذا جعل أرضا له مقبرة للمسلمين ويأذن لهم أن يقبروا فيها فيفعلون فليس له بعد مايخلي بين المسلمين وبينها ويقبروا فيها إنسانا واحداً أو أكثر أن يرجع فيها لان التسليم على قول من يشترط التسليم يتم بهذا فان ما هو المقصود قد حصل اذا قبروا فيها انسانا واحدا وكذلك اذا جعلها خانا للمسلمين وخلى بينهم وبينها فدخلها باذنه رجل واحد أو أكثر فلا سبيل له بعد ذلك عليها لان التسليم يتم بهذا وهذا لانه لايتحقق القبض من جميع المسلمين ففعل الواحد منهم كفعل الجماعة للمساواة بين الكل فيما يثبت به من الحق وهو نظير ما جعل الشرع أمان الواحد من المسلمين كأمان الجماعة * ثم النزول فى الخان والدفن فى المقبرة من مصالح الناس قال الله تعالى ألم نجعل الارض كفاتا أحياء وأمواتا وجواز الوقف لمعنى المصلحة فيه للناس من حيث المعاش والمعاد وكذلك الرجل يكون له الدار بمكة فيجعلها سكنى للحاج والمعتمرين ويدفعها الى وليّ يقوم عليها ويسكن فيها من زار فليس له بعد ذلك أن يرجع فيها وان مات لم تكن ميراثا وان لم يسكنها أحد لانه حين سلمها الى وليّ يقوم عليها فقد أخرجها من ملكه ويده * والتسليم على قول من يشترط يكون بأحد الطريقين إما باثبات يد القيم عليها أو بأن يحصل المقصود بسكنى بعض الناس فيها باذنه. وكذلك ان جعل دارا له في غير مكة سكنى للمساكين ودفعها الى وليّ يقوم بذلك. وكذلك ان جعلها سكنى للغزاة والمرابطين فى ثغر من الثغور أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وليّ يقوم به فهو جائز ولا سبيل له الى رده لانه قصد التقرب بما صنع فأما السكنى فلا بأس بأن يسكنها الغنى والفقير من الغزاة والمرابطين والحاج. وكذلك نزول الخان والدفن في المقبرة فأما الغلة التى جعلت للغزاة فلا يعجبنى أن يأخذ منها إلا محتاج اليها لان الغلة مال يملك والتقرب الى الله تعالى بتمليك المال يكون من المحتاج خاصة دون الغنى بخلاف السكنى * وحقيقة المعنى في الفرق أن الغنى مستغن عن مال الصدقة بمال نفسه وهو لا يستغنى بماله عن الخان لينزل فيه وعن الدفن فى المقبرة فلا يمكنه أن يتخذ ذلك فى كل منزل وربما لايجد ما يستأجره فلهذا يستوي فيه الغنى والفقير وهو نظير ماء السقاية والحوض والبئر فانه يستوى فيه الغنى والفقير لهذا المعنى وهذا لان الماء ليس بمال قبل الاحراز والناس يتوسعون فيه عادة ولا يخصون به الفقراء دون الاغنياء بخلاف التصدق بالمال * ثم الواقف وان أطلق

الغزاة في سبيل الله فراده التقرب وذلك بصرف المال الى المحتاجين منهم وفي اللفظ ما يدل عليه شرعا قال الله تعالى من أصناف الصدقات وفي سبيل الله * ثم يصرف الصدقة الى الفقراء من الغزاة دون الاغنياء * والحاصل انه متى ذكر مصرفا فيه تنصيص على الفقر والحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون أو لا يحصون لأن المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار اعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا أن يكون في لفظه مايدل على الحاجة استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فحينئذ ان كانوا يحصون فالفقراء والاغنياء فيه سواء وان كانوا لا يحصون فالوقف صحيح وتصرف الى فقرائهم دون أغنيائهم لان الاستعمال بمنزلة الحقيقة في جواز تصحيح الكلام باعتباره وتمام بيان هذه الفصول في كتاب الوصايا. قال (وان جعل أرضا له مسجدا لعامة المسلمين وبناها وأذن للناس بالصلاة فيها وأبانها من ملكه فأذن فيه المؤذن وصلى الناس جماعة صلاة واحدة أو أكثر لم يكن له أن يرجع فيه وان مات لم يكن ميراثا) لانه حرزها عن ملكه وجعلها خالصة لله تعالى قال الله تعالى وأن المساجد لله وقال عليه الصلاة والسلام من بنى لله مسجداً ولو كمفحص قطاة بنى الله تعالى له بيتا في الجنة ولا رجوع له فيما جعله لله تعالي خالصا كالصدقة التى أمضاها. ثم عند أبي يوسف يصير مسجداً اذا أبانه عن ملكه وأذن للناس بالصلاة فيه وان لم يصل فيه أحد كما في الوقف على مذهبه ان الوقف يتم بفعل الواقف من غير تسليم الى المتولى وعند محمد لا يصير مسجداً ما لم يصل الناس فيه بالجماعة. بنى على مذهبه ان الوقف لا يتم الا بالتسليم الى المتولى وعن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية الحسن عنه يشترط اقامة الصلاة فيه بالجماعة وفي رواية غيره عنه قال اذا صلى فيه واحد يصير مسجداً وان لم يصل بالجماعة. وجه رواية الحسن أن تمام التبرع بحصول المقصود به بدليل الصدقة فالمقصود بها اغناء المحتاج ثم لا يتم مالم يحصل هذا المقصود بالتسليم اليه فهنا المقصود من المساجد إقامة الصلاة فيها بالجماعة لان جميع وجه الارض موضع الصلاة وانما تبنى المساجد لاقامة الصلاة فيها بالجماعة فلا تصير مسجداً قبل حصول هذا المقصود. وجه الرواية الاخرى أن المقصود أن المسجد موضع السجود وقد حصل ذلك بالصلاة فيه منفرداً كان أو بجماعة وقد بينا ان الواحد من المسلمين ينوب عن جماعتهم فيما هو حقهم فتجعل صلاة الواحد فيه كصلاة الجماعة * وقد بينا نظيره في نزول الخان والدفن في المقبرة

(وروى) عن معاذ بن جبل وابن عباس وشريح والحسن والشعبي رضى الله عنهم قالوا لا تجوز الصدقة حتى يقبض وبه نأخذ فنقول ان الصدقة لا تتم الا بالقبض بخلاف ما يقوله مالك رحمه الله تعالى وهذا لان المتصدق يجعل ما يتصدق به خالصا لله تعالى باخراجه عن ملكه وحقه ولا يتم ذلك الا بالاخراج من يده ولا خلاف فيه بين العلماء رحمهم الله تعالى فى الصدقة المنفذة وقال أهل المدينة رحمهم الله مجرد الاعلام يكفى لذلك لما جاء في الأثر عن ابن مسعود رضى الله عنه وغيره اذا أعلمت الصدقة جازت وجعلوا ذلك قياس العتق فان العتق يزيل المعتق عن ملكه ويجعله لله تعالى ثم يتم ذلك بنفسه فكذلك الصدقة ولان الآخذ للصدقة هو الله تعالى قال الله تعالى ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام ان الصدقة تقع فى كف الرحمن فيربيها كما يربى أحدكم فلوه حتى تصير مثل أحد . ولكنا نقول هذا فى ضمن الاتصال الى الفقير ليكون الفقير آخذا كفايته من الله تعالي فانه عبد الله وكفاية العبد على مولاه وقد وعد له ذلك بقوله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها ولهذا لم يكن للمعطى منة على القابض وهذا المقصود لا يحصل قبل التسليم الى الفقير فلا تتم الصدقة بخلاف العتق فالعبد في يد نفسه فيصير قابضا نفسه مع أن المعتق متلف للملك والرق فيه والاتلاف يتم بالتلف والمتصدق غير متلف للملك بل جاعل الملك لله تعالى خالصا وذلك في ضمن التمليك من الفقير فكما ان التمليك من الفقير لا يتم إلا بالتسليم اليه فكذلك جعله لله تعالى . فأما الصدقة الموقوفة على قول أبي يوسف رحمه الله تلزم بالاعلام وان لم يخرجها من يده الى يد المتولى وعلى قول محمد رحمه الله لا يتم الا بالاخراج من يده والتسليم الى المتولى وهو قول ابن أبي ليلى . وحجته فى ذلك أن ازالة الملك بطريق التبرع فتمامه بالتسليم كما فى الصدقة المنفذة وهذا لانه لو لزمه قبل التسليم لصارت يده مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سببا للاستحقاق على المتبرع فى غير ما تبرع به فينبغي أن يكون متبرعا في ازالة يده كما فى ازالة ملكه وذلك بأن لم تتم الصدقة قبل التسليم بل هذا أولى من الصدقة المنفذة فان جواز ذلك متفق عليه بين العلماء رحمهم الله وفى جواز الصدقة الموقوفة ولزومها خلاف ظاهر ثم تلك الصدقة مع قوتها لا تتم الا بالتسليم فهذا أولى * وقال فى الكتاب من جوز الصدقة غير مقبوضة لم يفصل بين الصدقة الموقوفة والمنفذة وهو قول أهل المدينة رحمهم الله وكذلك من لم يجوزها الا مقبوضة والفرق بينهما من نوع التحكم وقد بينا أن ذلك لا يجوز وأبو يوسف رحمه الله يقول هذه ازالة ملك لا تتضمن التمليك فتتم بدون القبض

كالعتق بخلاف الصدقة المنفذة فانها تتضمن التمليك وهذا لان القبض انما يعتبر من المتملك أو من نائبه ليتأكد به ملكه ألا ترى أنه لا يعتبر قبض غيره له بغير اذنه والصدقة الموقوفة لا يتملكها أحد فلا معنى لاشتراط القبض فيها . يوضحه أن المتولى مختار الواقف فيده تقوم مقام يد الواقف لا مقام يد الموقوف عليه فانه ما اختاره وربما لم يعلم به أيضا فاذا كانت تتم بيد من اختاره الواقف فبيد الواقف أولي بخلاف العدل فى الرهن فان يده كيد المرتهن هناك لانه لا يصير عدلا الا برضا المرتهن واختياره ولهذا يصير المرتهن مستوفيا دينه بهلاكه فى يد العدل ولان حق المرتهن ثبت فى العين فتمكن فيجعل العدل نائبا عنه وهنا الموقوف عليه فى الغلة لا فى العين فلا يمكن جعل المتولى نائبا عنه فى قبض العين بل هو نائب عن الواقف فلا معنى لاشتراط قبضه . واستدل محمد رحمه الله فى الكتاب بحديث عمر رضي الله عنه فانه جعل وقفه فى يد ابنته حفصة رضى الله عنها وانما فعل ذلك ليتم الوقف ولكن أبو يوسف رحمه الله يقول فعل ذلك لكثرة اشتغاله وخاف التقصير منه فى أوانه أو ليكون فى يدها بعد موته فأما أن يكون فعله لاتمام الوقف فلا وكان القاضي أبو عاصم رحمه الله يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى لمقاربته بين الوقف والعتق من حيث انه ليس فى كل واحد منهما معنى التمليك وقول محمد رحمه الله أقرب الى موافقة الآثار . وعلى هذا الخان والرباط يتم عند أبي يوسف رحمه الله تعالى بالتخلية بينه وبين الناس وان لم ينزل فيه أحد ولا يتم عند محمد رحمه الله الا بالتسليم الى المتولى أو بنزول الناس فيه . وكذلك المقبرة والسقاية عند محمد لا تتم الا بالتسليم الى قيم يقوم عليه أو بأن يدفنوا فى المقبرة رجلا واحداً أو يسقى من السقاية رجل واحد . وكذلك المسجد الا أن فى المسجد تمامه عند محمد رحمه الله بأن يصلي الناس فيه بالجماعة لان التسليم الى المتولي في المسجد لا يتحقق اذ لا تدبير فيه للمتولى فى اختيار من يصلى بالمسجد أو الاستغلال لان المسجد قد تحرز عن ذلك وكذلك لا تدبير لاحد فى سد باب المسجد لانه انكره لاهل المسجد أن يغلقوا باب المسجد فكيف بغيرهم فلهذا يوقف التمام على اقامة الصلاة فيه بالجماعة وفي سائر الوقف للمتولى تدبير في ذلك فجعل التسليم الى المتولى متمما للصدقة ولان المقصود فى سائر الوقف منفعة العباد فيمكن جعل يد المتولي فى ذلك بمنزلة يدهم والمقصود هنا اقامة العبادة لله تعالى فى المسجد خالصاً ولا يحصل ذلك الا باقامة الصلاة فيه . قال (ولو وقف نصف أرض أو نصف دار مشاعا على الفقراء فذلك جائز في قول

أبي يوسف رحمه الله لان القسمة من تتمة القبض فان القبض للحيازة وتمام الحيازة فيما يقسم بالقسمة . ثم أصل القبض عنده ليس بشرط فى الصدقة الموقوفة فكذلك ماهو من تتمة الوقف وهذا لان الوقف على مذهبه قياس العتق والشيوع لايمنع العتق فكذلك لايمنع الوقف الا أن العتق لا يتجزأ عنده لما فى التجزى من تضاد الاحكام عنده في محل واحد وذلك لا يوجد في الوقف فيحتمل التجزى ويتم مع الشيوع في القدر الذى أوقفه وأما عند محمد رحمه الله لا يتم الوقف مع الشيوع فيما يحتمل القسمة لان على مذهبه أصل القبض شرط لتمام الوقف فكذلك ما يتم به القبض وتمام القبض فيما يحتمل القسمة بالقسمة واعتبره بالصدقة المنفذة فانها لا تتم في مشاع يحتمل القسمة كالهبة ويتم فى مشاع لا يحتمل القسمة لانه بالقسمة يتلاشى فلا تكون القسمة فيه حيازة فكذلك الصدقة الموقوفة تجوز فى مشاع لا يحتمل القسمة ولا تجوز فى مشاع يحتمل القسمة ما لم يقسم . وعلي هذا الخان والمقبرة والمسجد والسقاية يعنى فيما يحتمل القسمة لانه لا يتم من الشيوع عند محمد رحمه الله تعالى . فأما المسجد والمقبرة لاتتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لان بقاء الشركة يمنع أن تكون البقعة لله تعالى خالصاً ولأنا لو جوزنا ذلك وقعت الحاجة الى المهايأة فتقبر فيه الموتى في سنة ثم تنبش في سنة أخرى ويزرع لمراعاة حق المالك ويصلى الناس في المسجد فى وقت ويتخذ اصطبلا فى وقت آخر بحكم المهايأة وذلك ممتنع بخلاف الوقف فالمقصود هناك الاستغلال فيما بقى منه ملكا وفيما صار منه وقفاً فلو جاز مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يؤدى الى تضاد الاحكام بل يستغل وتقسم الغلة علي قدر الملك والوقف منه وذلك صحيح وكذلك لو جعل جميع الارض أو الدار لشيء من ذلك وأخرجه من يده ثم استحق بعضه مشاعا بطل فى الكل ورجع الباقى اليه فى حياته والي وارثه بعد وفاته لان بالاستحقاق يتبين بطلان تصدقه فى القدر المستحق لانه لم يكن مملوكا له يومئذ ولا أجازه مالكه ولو جاز فى القدر المملوك لكان لزومه ابتداء فى الجزء الشائع وقد بينا أن ذلك لا يجوز فيما لا يحتمل القسمة وهذا بخلاف ما اذا فعله في مرضه ثم مات ولا مال له سواه فأبطله الوارث فيما زاد عن الثلث بقى الثلث صحيحاً لان حق الوارث انما يثبت بعد الموت فابطاله فى القدر الذى له ابطاله يقتصر على هذه الحالة فلا يتبين به ان ابتداء الوقف فى الجزء الشائع وأصل هذا الفرق فى الهبة والصدقة المنفذة فان رجوع الوارث فى البعض كرجوع الواهب وذلك لا يمنع بقاء الهبة فيما بقى لانه شيوع طارىء

فكذلك في الصدقة الموقوفة وان استحق بعضه مميزا بعينه كان ما فعله جائزاً فيما بقى ماضياً لوجهه لان بهذا الاستحقاق لم يتبين الشيوع فيما بقى فان المستحق مميز مما بقى فهو بمنزلة دارين وقفهما فاستحقت احداهما وكذلك الحكم فى الصدقة المنفذة اذا كان المستحق مميزا يقرر الصدقة فيما بقى وكذلك الحكم فى الهبة بخلاف ما اذا استحق جزأ شائعاً ولا فرق عند استحقاق الجزء الشائع بين أن يكون المستحق كثيراً أولم يكن لان المانع الشيوع وقد تحقق ذلك باستحقاق جزء قل ذلك أو كثر . قال (واذا كانت الارض بين رجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة على بعض الوجوه التى وصفناها ودفعاها الى ولي يقوم بها كان ذلك جائزاً) لان مثله فى الصدقة المنفذة جائز اذا تصدق رجلان على واحد والمعنى فيه أن المانع من تمام الصدقة شيوع فى المحل ولا شيوع هنا فقد صار الكل صدقة مع كثرة المتصدقين بها والقبض للمتولى فى الكل وجد جملة واحدة فهو وما لو تصدق رجل واحد سواء ولو تصدق كل واحد منهما بنصفها شائعاً على حدة صدقة موقوفة وجعل لها واليا على حدة لم يجز لانهما صدقتان متفرقتان لان كل واحد منهما تصدق بنصيبه بعقد على حدة ألا ترى أنه جعل لنصيبه والياً على حدة ومثله فى الصدقة المنفذة لا يجوز حتى لو تصدق احدهما بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك وهذا لان قبضه فى نصيب كل واحد منهما لاقى جزأ شائعاً فكذلك قبض كل واحد من الواليين هنا لاقى جزأ شائعاً . قال (ولو تصدق كل واحد منهما بنصفه صدقة موقوفة على المساكين وجعلا الوالى لذلك رجلا واحدا فسلماها اليه جميعاً جاز) لان تمام الصدقة بالقبض والقبض مجتمع فقد حصل قبض الكل من واحد فى محل عين والدليل على أن المعتبر هو القبض فى الهبة والصدقة المنفذة أنه لو باشر ذلك مع رجل فى النصف ثم فى النصف ثم سلم الكل اليه جاز ولو باشره في الكل ثم سلم اليه النصف لم يجز وكذلك ان جعلاها جميعاً الى رجلين لان الواليين هنا كوال واحد حيث جعلهما كل واحد منهما واليا في صدقة بخلاف ماتقدم هناك من أن كل واحد من المتصدقين خص واحدا من الواليين لجعله والياً في صدقته فانما يلاقى قبض كل واحد منهما جزأ شائعاً ألا ترى أن فى الرهن لو أن رجلين رهنا عيناً من رجلين بدين لهما عليهما جاز ولو قال على أن نصيب أحد الراهنين رهن عند احدهما ونصيب الآخر عند الآخر لم يجز وكذلك فى الهبة والصدقة المنفذة ولو وهبا من رجلين أو تصدقا عليهما جاز عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

ولو قالا نصيب احد الواهبين لاحدهما بعينه ونصيب الاخر للآخر لم يجز وكذلك فى الصدقة الموقوفة . قال (ولو تصدقا بها على واحد فوكل المتصدق عليه رجلين بقبضها كل واحد منهما يقبض نصيب أحدهما خاصة فقبضا ذلك معاً جاز وان كان القابض اثنين لانهما انما قبضاها الواحد فكل واحد منهما وكيل من جهته وقبض الوكيل كقبض الموكل فكان القبض مجتمعاً حكماً وان كان متفرقا صورة ﴿فان قيل﴾ ففى الصدقة الموقوفة الوليان كل واحد منهما يقبض للموقوف عليه فينبغى أن يجوز وان تفرق الوالى لاتحاد جهة الصرف ﴿قلنا﴾ لا كذلك بل كل واحد من الواليين عامل لمن جعله واليا في صدقته ولهذا لو لحقه عهدة فيما قبض رجع به عليه فاذا اختار كل واحد منهما فى صدقته قيما على حدته كان قبض كل واحد منهما فى جزء شائع ولو تصدقا به على رجلين صدقة واحدة فوكل المتصدق عليهما رجلين كل واحد منهما يقبض ما تصدق به عليه أحد الرجلين دون الآخر فقبض الوكيلان جميعا أو أحدهما قبل صاحبه جاز ذلك لان فعل الوكيلين كفعل الموكلين فان كل واحد منهما نائب وكيله فى القبض ولو قبض الموكلان معاً أو أحداهما قبل صاحبه جاز ذلك لاتحاد الصدقة فى جانب المتصدقين وتمامها عند قبض الآخر منهما فكذلك الوكيلان ألا ترى انه لو كان المتصدق والمتصدق عليه واحدا فقبض النصف ثم النصف كان هذا وما لو قبض الكل جملة سواء وان قبضا أحد النصيبين كان لصاحبه ان يرجع فيه مالم يقبضا نصيب الآخر لان تمام الصدقة بتمام القبض ولا يتم القبض فى مشاع يحتمل القسمة فلم تتم به الصدقة وكان لصاحبه ان يرجع فيه كما قبل التسليم فان قبضا نصيب الآخر قبل رجوع الأول فيه فقد تمت الصدقة لتمام القبض منهما في الكل ولا رجوع فيه لواحد منهما بعد ذلك * ولو تصدق كل واحد منهما بنصفه صدقة موقوفة على حدة ووكلا فيها رجلا واحدا فقبض نصيبهما مجتمعا أو متفرقا كانت الصدقة جائزة لانه حين قبض الكل فلا شيوع فى المحل وان كان قبض نصيب أحدهما فله أن يرجع فيه مالم يقبض نصيب الآخر لما بينا ان قبضه فى نصيبه لاقى جزأ شائعا فلا تتم به الصدقة قال (فان باعه وهو في يد الوكيل جاز بيعه) لان الصدقة فى نصيبه لم تتم حين لم يقبض الوكيل نصيب الاخر وكان وجود القبض في نصيبه كعدمه فلهذا جاز بيعه وان مات فهو ميراث عنه فان قبض الوكيل نصيب الآخر بعد موت الاول فقبضه باطل والصدقة مردودة لان بموت الاول بطلت الصدقة فى نصيبه وصار ميراثا لورثته فلو جازت الصدقة فى النصف الآخر

بالقبض بعد ذلك كان ذلك في جزء شائع وذلك غير جائز ويستوى ان كان قبضه باذن الثانى أو بغير اذن الثانى بخلاف ما قبل موت الاول لان حكم الصدقة في نصيب الاول موقوف على أن تتم بتمام القبض وذلك يحصل بقبضه نصيب الثانى فلهذا تمت الصدقة في الكل . قال (دار بين رجلين تصدق احدهما بنصيبه منها على رجل وسلمه اليه أو الى وكيله ثم تصدق الآخر أيضا عليه بنصيبه وسلمه اليه أوالى وكيله لم يجز شيء من ذلك) لانهما صدقتان متفرقتان فان تمام الصدقة بالقبض وقبضه في كل واحد من النصيبين لاقى جزأ شائعا وان لم يقبض نصيب الاول حتى تصدق الآخر بنصيبه عليه أيضا وقد أذن كل واحد منهما له في القبض فقبضهما جملة جاز لما بينا أن المانع افتراق القبض وقد قبض الكل جملة فكأن الصدقة منهما عليه كانت جملة بعقد واحد وكذلك لو قبض نصيب كل واحد منهما على حدة بيده أو بيد وكيله فهو جائز لان قبضه تم حين قبض نصيب الآخر منهما وقبض وكيله له كقبضه وهذا بخلاف الاول فان هناك حين قبض نصيب الاول ما كان حكم الصدقة ثابتا في نصيب الآخر أصلا فتعين جهة البطلان في نصيب الاول فيبطل حكم قبضه في نصيب الثانى بعد مابطل حكم الصدقة في نصيب الاول وبطل حكم قبضه في نصيب الثانى لملاقاته جزأ شائعا وهنا حين قبض نصيب الاول كان حكم الصدقة ثابتا في نصيب الآخر فيتوقف حكم تمام الصدقة في نصيب الاول على تمام القبض وقد تم ذلك بقبض الثانى . يوضحه ان هناك حين قبض نصيب الاول لم يكن متمكنا من قبض نصيب الثانى فانما يعتبر حكم قبضه فيما تمكن منه خاصة وهو جزء شائع وهنا حين قبض نصيب الاول كان متمكنا من قبض نصيب الثانى فيجعل ما تفرق من قبضه كالمجتمع لتمكنه من قبض الكل . قال (واذا كانت الارض لرجل أو رجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة وسلماها الى رجل واحد وجعل احدهما نصيبه موقوفا على ولده وولد ولده أبدا ماتناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين وجعل الآخر نصيبه وقفا على اخوته وأهل بيته فاذا انقرضوا كانت غلته في الحج يحج بها في كل سنة أو كان المتصدق واحدا فجعل نصف الارض مشاعا على الامر الاول ونصفها على الامر الآخر فذلك جائز) لانها صدقة واحدة يقبضها وال واحد فلا يضرهم على أى الوجوه فرقوا غلتها ومعنى هذا ان تمام الصدقة بالقبض واذا كان الوالى واحدا فهو يقبض الكل جملة فتتم الصدقة بالكل بقبضه ثم بتفرق جهات الصدقة لا تتفرق الصدقة ألا ترى ان المتصدق لو

كان واحداً وفرق الغلة سهاماً بعضها فى الحج وبعضها فى الغزو وبعضها فى أهل بيته وبعضها فى المساكين كان ذلك صدقة جائزة وكذلك اذا كان المتصدق اثنين وعين كل واحد منهما لنصيبه مصرفا وهذا كله قول محمد فأما عند أبي يوسف الصدقة الموقوفة في جميع هذه الوجوه جائزة لانه يجوزها غير مقبوضة فكذلك غير مقسومة . فالحاصل أن أبا يوسف يوسع في أمر الصدقة الموقوفة فى قوله الآخر غاية التوسع وفى قوله الأول ضيق فيها غاية التضييق كما هو قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه فقال لا تلزم فى الحياة أصلا وتوسط قول محمد رحمه الله فى ذلك ولهذا أفتى عامة المشايخ رحمهم الله فيها بقول محمد رحمه الله ومما توسع فيه أبو يوسف رحمه الله انه لا يشترط التأبيد فيها حتي لو وقفها على جهة يتوهم انقطاعها يصح عنده وان لم يجعل آخرها للمساكين ومحمد رحمه الله يشترط التأبيد فيها فقال اذا كانت الجهة بحيث يتوهم انقطاعها لا تصح الصدقة اذا لم يجعل آخرها للمساكين لان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وذلك يتأبد كالعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها فلم يتوفر على العقد موجبه والتوقيت فى هذا العقد كالتوقيت فى البيع فكان مبطلا وأبو يوسف رحمه الله يقول المقصود هو التقرب الي الله تعالى والتقرب تارة يكون فى الصرف الي جهة يتوهم انقطاعها وتارة بالصرف الى جهة لا يتوهم انقطاعها لا تصح الصدقة لتحصيل مقصود الواقف * ومن ذلك أنه لو جعل مصرف الغلة لنفسه مادام حيا فذلك جائز عند أبي يوسف أيضا اعتباراً للابتداء بالانتهاء لانه يجوز الوقف علي جهة يتوهم انقطاعها واذا انقطعت عادت الغلة اليه فى الانتهاء فكما يجوز ذلك فى الانتهاء فكذلك فى الابتداء لجواز أن يقدم نفسه على غيره فى الغلة وهذا لان معنى التقرب لا ينعدم بهذا قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة وقال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فأما عند محمد رحمه الله اذا جعله وقفا على نفسه أوجعل شيئاً من الغلة لنفسه مادام حيا فالوقف باطل وهو مذهب أهل البصرة رحمهم الله لان التقرب بازالة الملك واشتراط الغلة أو بعضها لنفسه يمنع زوال ملكه فلا يكون ذلك صحيحا وكذلك لو شرط الغلة لامائه فهو كاشتراطه لنفسه ولكن ذكر محمد أنه اذا اشترط الغلة لامهات أولاده فذلك جائز وهذا على أصل أبي يوسف غير مشكل وعلى قول محمد رحمه الله هو مستحسن على ما نبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى * ومن ذلك أنه اذا شرط فى الوقف ان يستبدل به أرضاً أخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد وهو قول

أهل البصرة رحمهم الله الوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر فى المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأبيد في أصل الوقف فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطاً فاسداً فيكون باطلا فى نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به أو شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله . قال (ولو شرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فى الوقف فعلى قول أبي يوسف الوقف جائز والشرط جائز كما هو مذهبه في التوسع فى الوقف وقال هلال بن يحيي الوقف باطل وهو قول محمد وقال يوسف ابن خالد السمنى الوقف جائز والشرط باطل لانه ازالة ملك لاالى مالك فيكون بمنزلة الاعتاق واشتراط الخيار فى العتق باطل والعتق صحيح وكذلك فى المسجد اشتراط الخيار باطل واتخاذ المسجد صحيح فكذلك فى الوقف ومحمد يقول ان تمام الوقف يعتمد تمام الرضا ومع اشتراط الخيار لا يتم الرضا فيكون ذلك مبطلا للوقف بمنزلة الاكراه على الوقف * ثم تمام الوقف على مذهبه بالقبض وشرط الخيار يمنع تمام القبض ألا ترى ان فى الصرف والسلم لا يتم القبض مع شرط الخيار وبه فارق المسجد فالقبض هناك ليس بشرط انما الشرط إقامة الصلاة فيه بالجماعة وقد وجد ذلك مع شرط الخيار فلهذا كان مسجداً ثم شرطه غير معتبر فى اتخاذ المسجد فلا يفسد بفساد الشرط وشرطه فى الوقف مراعى وما يتعلق بالجائز من الشرط الفاسد فالفاسد من الشروط يبطله وأبو يوسف رحمه الله يقول الوقف يتعلق به اللزوم ويحتمل الفسخ ببعض الاسباب واشتراط الخيار للفسخ فيكون بمنزلة البيع فى أنه يجوز اشتراط الخيار فيه وهذا فى الحقيقة بناء على الاصل الذى ذكرنا له فانه يجوز أن يستثنى الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذلك يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام لتروى النظر فيه . قال (فان خرب ما حول المسجد واستغنى الناس عن الصلاة فيه فعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يعود الى ملك الثاني ولكنه مسجد كما كان وعند محمد رحمه الله يعود الى ملك الثاني والى ملك وارثه وان كان ميتا) لانه جعل هذا الجزء من ملكه مصروفا الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه كالمحصر اذا بعث بالهدى ثم زال الاحصار فادرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء . قال (ولو شترى حصر المسجد وحشيشاً فوقع الاستغناء عنه كان له أن يضع به ما شاء . وأبو يوسف رحمه الله يقول اذا تم زوال العين عن ملكه وصار خالصاً لله تعالى فلا يعود الى ملكه بحال) كما لو أعتق عبده وهذا لان القربة التى قصدها لم تنعدم بخراب ما حولها فان

الناس فى المساجد شرعا سواء فيصلى فى هذا الموضع المسافرون ومارة الطريق وهكذا يقول فى الحصير والحشيش انه لايعود الى ملكه ولكن يصرف الى مسجد آخر بالقرب من ذلك المسجد وهدى الاحصار لم يزل عن ملكه قبل الذبح * واستدل أبو يوسف رحمه الله بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من أن يكون موضع الطاعة والقربة خالصاً لله تعالى فكذلك سائر هذه المساجد فى الحقيقة انما ينبنى هذا على ماينا فان أبا يوسف رحمه الله تعالى لايشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء وان ترك الناس الصلاة فيه لايخرج من أن يكون مسجداً ومحمد يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجداً فكذلك فى الانتهاء اذا ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجداً * وحكى ان محمداً رحمه الله مر بمزبلة فقال هذا مسجد أبى يوسف يريد به انه لما لم يقل بعوده الي ملك الثانى يصير مزبلة عند تطاول المدة * ومر أبو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعنى انه لما قال يعود ملكا فربما يجعله المالك اصطبلا بعد أن كان مسجداً فكل واحد منها استبعد مذهب صاحبه بما أشار اليه * ثم ذكر في الاصل بعض صكوك الوقف وشرح ماهو من رسم الصكوك في ذلك بذكره في كتاب الشروط وانما نذكر هنا من ذلك مايتصل بالوقف * فمنه انه ذكر فى المصارف وعلي ذوى الحاجة من موالى فلان بن فلان ومولياته ولم يذكر الاسفل أو الاعلى وتأويل هذا اذا كان فلان من هؤلاء العرب لا ولاء عليه فان كان عليه ولاء فالوقف بهذا اللفظ لايصح مالم يبين الاعلى أو الاسفل على قياس الوصية فانه لو أوصى لمو الى فلان ولفلان موال أعتقوه وأعتقهم فانه لاتصح الوصية مالم يبين الاسفل أو الاعلى . منصوص عليه في الوصايا فى الجامع فكذلك الوقف * ومن ذلك أنه يشترط فيه أن يرفع الوالي من غلاته كل عام مايحتاج اليه لاداء العشر والخراج وما يحتاج اليه لبذر الارض ومؤنتها وأرزاق الولاة لها ووكلائها وأجور وكلائها ممن يحصدها ويدرسها وغير ذلك من نوائبها لان مقصود الواقف استدامة الوقف وان تكون المنفعة واصلة الي الجهات المذكورة فى كل وقت ولايحصل ذلك الا برفع هذه المؤن من رأس الغلة وذلك وان كان يستحق بغير الشرط عندنا الا انه لايؤمن جهل بعض القضاة فربما يذهب رأى القاضى الى قسمة جميع الغلة بناء على الظاهر واذا شرط ذلك يقع الامن بالشرط والمقصود بالكتاب التوثق فينبغى

أن يكتب على أحوط الوجوه فيتحرز فيه من طعن كل طاعن وجهل كل جاهل * ومن ذلك قال وان مات القيم فيه في حياة الواقف فالامر فيه الى الموقف يقيم فيه من أحب ولا شك في جواز هذا الشرط على أصل أبي يوسف لانه يجوز اشتراط الواقف الرأي لنفسه في الاستدلال بالوقف ففي نصب القيم أولى وكذلك عند محمد رحمه الله لانه لايجوز شرط الاستبدال بالوقف لما فيه من شرط اعادة العين الأولى الي ملكه وذلك لايوجد هنا وقد بينا ان القيم نائب عن الواقف بمنزلة الوكيل له في نصيبه ليعمل للموقوف عليهم باعتبار أنه جعل منفعتهم كمنفعته فاشتراط رأيه في نصب قيم آخر بعد موت الاول يحقق المقصود بالوقف ولا يغيره قال (فان مات بعده فأوصي الى غيره فوصيه بمنزلته) لان الواقف نصبه ليكون ناظراً له محصلا لمقصوده وقد يعجز عن ذلك بموته فيكون آذنا له في الاستعانة بغيره بعد موته كما أن للوصي أن يوصي الى غيره وهذا المعنى يخفى على بعض القضاة كما خفى على بعض العلماء فلم يجوزوا للوصي أن يوصي الى غيره فيشترط ذلك في الكتاب للتحرز عن هذا . قال (وان مات ولم يوص الى أحد فالرأى فيه الى القاضي) لانه نصب ناظراً لكل من عجز بنفسه عن النظر والواقف ميت ومصرف الغلة عاجز عن التصرف في الوقف لنفسه فالرأى في نصب القيم الى القاضي . قال (ولا يجعل القيم من الاجانب ماوجد من أهل بيت الموقف وولده من يصلح لذلك) لانه لولم يذكر هذا الشرط كان للقاضي أن ينصب أجنبيا اذا رأى المصلحة في ذلك ومقصود الواقف أن يكون ذلك في أهل بيته وولده اما ليكون الوقف منسوبا اليه ظاهراً أولان ولده أشفق على وقف أبيه من غيره ويذكر هذا في الكتاب ليتحرز القاضي عن خلاف شرطه . قال (وان لم يجد فيهم من يصلح له فجعله الى أجنبي ثم صار فيهم من يصلح لذلك صرفه اليه) لانه بدون الشرط لايستحق على القاضي أن يفعل ذلك والانتهاء لا يعتبر بالابتداء في بعض الاحكام ألا ترى أن العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء والاباق في المبيع كذلك فاذا ذكر هذا في كتابه وجب على القاضي مراعاة شرطه لقوله تعالى فانما اثمه على الذين يبدلونه وكونه في يد ولده اذا كان يصلح لذلك أنفع وان خاف أن يبطل بعض القضاة وقفه ونقضه فأحب الي أن يتحرز من ذلك * وفيه طريقان (أحدهما) أن يكتب في صكه . وان أبطله قاض أو غيره بوجه من الوجوه فهذه الارض بأصلها وجميع ما فيها وصية من مال فلان تباع فيتصدق بثمنها على من سمينا في كتابنا وهذا لان القاضي انما يبطل عند

خصومة وارث أوغريم لاتصال المنفعة اليه وذلك ينعدم بما يذكره الموقف فلا يشتغل أحد بابطاله والوصية تحتمل التعليق بالشرط فانها في الاصل اثبات الخلافة بعد الموت والتعليق بالشرط يليق به (والوجه الثاني: ان الموقف بعد اتمام الوقف بالتسليم الى المتولى يخاصم فيه الي قاض يرى اجازته ويطلب منه ابطاله حتى يقضى القاضى باجازته فينفذ قضاؤه لانه قضي عن اجتهاد في مجلسه وليس لاحد بعد ذلك ابطاله فاما أن يكون اجازته في نسخة على حدة ويشهد الشهود على ذلك ويكتب ذلك في آخر صك الوقف. والذى جرى الرسم به الآن أنهم يكتبون اقرار الواقف بذلك والمقصود لايحصل فاقراره لايكون حجة في حق الذى يرى ابطاله وربما يكتبون وقد رفع هذا الى قاض من القضاة وهذا كذب انلم يكن رفع الى أحد ولا رخصة في الكذب والمقصود لايتم به أيضاً فربما يذهب اجتهاد قاض الى أن القضاء والاجارة من المجهول لاتعتبر فانما يتم المقصود بما ذكرنا. قال (ولا يجوز أن يوقف على تجهيز الرجل بالكراع والسلاح والنفقات في سبيل الله تعالى ويبين ذلك في صك)وهذا لانه من باب القربة والطاعة فانه جهاد بالمال والجهاد سنام الدين وهذه جهة لا انقطاع لها ما بقيت الدنيا قال عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض منذ بعثني الله تعالى الى أن يقاتل آخر عصابة من أمتى الدجال فلهذا يجوز الوقف على هذه الجهة. قال (وان كان في الضيعة مماليك وأزواجهم وأولادهم يعملون فيها فوقفها بمن فيها منهم وسماهم جاز ذلك) لان المقصود وهو الغلة بعملهم يحصل والوقف فان كان يختص بالعقار فيجوز أن يثبت في المنقول تبعاً للعقار وعلى هذا آلات الحراثة اذا ذكرها في الوقف يثبت فيها حكم الوقف تبعاً وهو كالشرب والطريق يدخل في البيع تبعاً وان كان لايجوز البيع فيه مقصوداً ثم في وقف المنقول مقصوداً اختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ذكره في السير الكبير (والجواب) الصحيح فيه ان ماجرى العرف بين الناس بالوقف فيه من المنقولات يجوز باعتبار العرف وذلك كثياب الجنازة وما يحتاج اليه من القدور والأواني في غسل الميت والمصاحف والكراع والسلاح للجهاد فانه روى انه اجتمع في خلافة عمر رضى الله عنه ثلثمائة فرس مكتوب على افخاذها حبيس في سبيل الله تعالى وهذا الاصل معروف أن ماتعارفه الناس وليس في عينه نص يبطله فهو جائز وبهذا الطريق جوزنا الاستبضاع فيما فيه تعامل لقوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن. قال (واذا وقفها على أمهات أولاده في حال وقفه ومن يحدث منهن بعد ذلك وسمى

لـكل واحدة منهن كل سنة شيئاً معلوماً في حياة فلان وبعد وفاته ما لم يتزوجن فهو جائز) وعلى هذا أصل أبي يوسف ظاهر وقد بينا ان عنده لو شرط بعض الغلة لنفسه في حياته جاز فلامهات أولاده أولى وانما الاشكال على قول محمد رحمه الله فانه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لامهات أولاده في حياته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولـكنه جوز ذلك استحساناً للعرف ولانه لابد من تصحيح هذا الشرط لهن لأنهن يعتقن بموته واشتراطه لهن كاشتراطه لسائر الاجانب فيجوز ذلك في حياته أيضاً تبعاً لما بعد الوفاة كما قال أبوحنيفة وأصل الوقف اذا قال في حياتي وبعد مماتي مما يتعلق به اللزوم وكذلك ان سمى في ذلك لمدبريه لانهم يعتقون بموته كامهات الاولاد بخلاف العبيد والاماء على قول محمد . وأبو يوسف يجوز ذلك كله وانما يشترط مالم يتزوجن لان مقصوده توفير المنفعة عليهن مادمن في بيته مشغولات بخدمة أولاده وذلك ينعدم بالتزوج . أو مقصوده من ذلك التحرز عن ضياعهن لعجزهن عن التكسب ويختص ذلك بماقبل التزوج فمن تزوجت منهن تستحق النفقة على زوجها فلهذا قال مالم يتزوجن . قال (فان جعل الرأى في توزيع الغلة على الفقراء أو القرابة في الزيادة والنقصان الى القيم جاز ذلك) لان رأى القيم قائم مقام رأيه وكان له في ذلك التفضيل عند الوقف رأيا فيجوز أن يشترط ذلك في القيم بعده وهذا لان المصارف تتفاوت في الحاجة باختلاف الاوقات والامكنة فمقصوده أن تكون الغلة مصروفة الى المحتاجين في كل وقت وانما يتحقق ذلك بالزيادة والنقصان بحسب حاجتهم والصرف الى البعض دون البعض اذا استغنى البعض عنه فلهذا جوز له أن يجعل الرأى في ذلك الى القيم *وان كتب لامهات أولاده وجواريه اللاتى جعلن حرائر بعد موته كتابا أنه تصدق عليهن في حياته وجعل لهن بعد وفاته سكنى منازل وسماهن وبين حدودها ومواضعها تسكن كل امرأة منهن من ذلك بقدر مايكفيها ماعاشت وأى امرأة منهن تزوجت أو خرجت منتقلة الى غير هذه المنازل فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتباراً للسكنى بالغلة فان الغلة تدل على المنفعة واذا صح منه هذا الشرط لهن في الغلة فـكذلك في المنفعة وهـذا لان مقصوده اتصال حاجتهن اليهن لـكيلا يضعن بعده وربما تـكون حاجتهن الى السكنى دون الغلة وقد أعطاهن في حياته من المال مايكفيهن وانما وضع هذه المسائل في أمهات الاولاد لأن الحـكم في الزوجات الحرائر بخلافه لان الزوجات يرجعن الى قراباتهن ولا قرابة لامهات الاولاد في دار الاسلام فلهذا ذكر المسائل فيهن . قال

وان لم تحتج من بقى منهن كان ذلك ميراثا على فرائض الله تعالى) ولكن هذا الشرط يجوز عند أبي يوسف رحمه الله فى الحياة والموت لما بينا أنه يتوسع فى أمر الوقف فلا يشترط التأبيد واشتراط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لايفوت موجب العقد عنده فأما عند محمد رحمه الله التأبيد شرط للزوم الوقف في الحياة فاشتراط العود الى الورثة يعدم هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا أن يجعل ذلك وصية من ثلثه بعد موته فحينئذ يجوز ذلك بمنزلة الوصية لمعلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فان ذلك جائز من ثلثه ويعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له فكذلك فى حق أمهات الاولاد اذا سماهن وان كتب انه جعل لهن فى حياته وأوصى لهن من بعد وفاته لكل واحد منهن بخدمها ومتاعها وحليها وثيابها وجوهرها وسمي ما جعل لكل واحدة منهن من ذلك وبين قيمته ووزنه وأنه قد جعل لها فى حياته وصحته ذلك ودفعه اليها وأوصى لها بعد وفاته فانه تجوز الوصية من الثلث ولاتجوز في الحياة عندهم جميعاً وأما عند محمد رحمه الله لايشكل وعند أبي يوسف رحمه الله لانه يملكهن الاعيان هنا والمملوكة ليست من أهل التمليك فلا يصح التمليك منهن الا باعتبار حريتهن وذلك بعد وفاته فعرفنا أنه تمليك مضاف الي ما بعد الموت فيكون وصية من الثلث وفيما سبق لايملك بالوقف احد شيئاً ولكن يخرج العين عن ملكه فيجعله موقوفاً عليهن لحاجتهن الى السكنى وذلك يتم منه فى الحال فاذا كان صحيحاً حين أخرج الوقف من ملكه تم ذلك معتبراً من جميع ماله ومحمد رحمه الله هكذا يقول فيما لايعود اليه والى ورثته بعد ذلك بحال بأن جعل آخر وقفه على جهة لاتنقطع فان كان بحيث يعود اليه والى ورثته بعد وفاته لايتم زواله عن ملكه فانما يبقى تمليكه منهن وذلك لايجوز فى حياته وانما يجوز بعد وفاته فيكون بمنزلة الوصية بالسكنى تعتبر بالثلث من ماله والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب الهبة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالى املاء : اعلم بأن الهبة عقد جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بالتحية السلام والاول أظهر فان قوله أو ردوها يتناول ردها بعينها وانما يتحقق

ذلك في العطية وقال الله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً واباحة الاكل بطريق الهبة دليل جواز الهبة . والسنة حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الواهب أحق بهبته مالم يثبت منها ولانه من باب الاحسان واكتساب سبب التودد بين الاخوان وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله تهادوا تحابو * ثم الملك لايثبت فى الهبة بالعقد قبل القبض عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى يثبت لانه عقد تمليك فلا يتوقف ثبوت الملك به علي القبض كعقد البيع بل أولى لان هناك الحاجة الى اثبات الملك من الجانبين وهنا من جانب واحد فاذا كان مجرد القول يوجب الملك من الجانبين فمن جانب واحد أولى وحجتنا فى ذلك ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة معناه لايثبت الحكم وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق والصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على هذا فقد ذكر أقاويلهم في الكتاب ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية وتأثيره ان عقد التبرع ضعيف فى نفسه ولهذا لا يتعلق به صفة اللزوم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتأيد به وهو موته في الوصية لكون الموت منافياً لملكه وتسليمه فى الهبة لازالة يده عنه بعد ايجاب عقد التمليك لغيره. يوضحه أن له فى ماله ملك العين وملك اليد فتبرعه بازالة ملك العين بالهبة لايوجب استحقاق مالم يتبرع به عليه وهو اليد ولو أثبتنا الملك للموهوب له قبل التسليم وجب علي الواهب تسليمه اليه وذلك يخالف موضوع التبرع بخلاف المعاوضات. والصدقة كالهبة عندنا فى أنه لايوجب الملك للمتصدق عليه الا بالقبض خلافا لمالك رحمه الله . وفى الصدقة خلاف بين الصحابة ومن بعدهم رضى الله تعالى عنهم وكان علىّ وابن مسعود رضى الله عنهما يقولان اذا أعلمت الصدقة جازت وكان ابن عباس ومعاذ رضى الله عنهم يقولان لا تجوز الصدقة الا مقبوضة وعن شريح وابراهيم النخعى رحمهما الله تعالي فيه روايتان ذكرهما فى الكتاب فأخذنا بحديث ابن عباس رضى الله عنهما وحملنا قول على وعبدالله بن مسعود رضى الله عنهما على صدقة الرجل على ولده الصغير وذلك بالاعلام يتم لانه يصير قابضا له والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام يقول ابن آدم مالى مالى وهل لك من مالك الا ما أكلت فأفنيت أولبست فأبليت أوتصدقت فأمضيت وما سوى ذلك فهو مال الوارث. فقد شرط النبي عليه الصلاة والسلام

الامضاء في الصدقة وذلك بالقبض يكون وقد بينا هذا في كتاب الوقف * ثم الهبة والصدقة قد تكون من الاجانب وقد تكون من القرابات وذلك أفضل لما فيه من صلة الرحم واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فقال أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ولهذا بدأ الكتاب بحديث رواه عن ابراهيم عن عمر رضى الله عنه قال من وهب لذى رحم محرم هبة فقبضها فليس له أن يرجع فيها . وذكر بعد هذا عن عطاء ومجاهد عن عمر رضي الله عنه قال من وهب هبة لذى رحم محرم فقبضها فليس له أن يرجع فيها ومن وهب هبة لغير ذى رحم فله أن يرجع فيها مالم يثب منها. والمراد بقوله ذى رحم محرم قد ذكر ذلك في بعض الروايات وهذا لانه يفترض صلة القرابة المتأبدة بالمحرمية دون القرابة المتحرزة عن المحرمية وهو كما يتلى في القرآن في قوله سبحانه وتعالى واتقوا الله الذى تساءلون به والارحام أى اتقوا الارحام أن تقطعوها وقال الله تعالى وتقطعوا أرحامكم أولئك الذين لعنهم فأصمهم وأعمى أبصارهم والمراد الرحم المتأبد بالمحرمية * ثم ان الحديث دليل أن الهبة لاتتم الا بالقبض لانه اعتبر القبض للمنع عن الرجوع وهو دليل لنا أن الوالد اذا وهب لولده هبة ليس له أن يرجع فيها كالولد اذا وهب لوالده وهذا لان المنع من الرجوع لحصول المقصود وهو صلة الرحم أولما في الرجوع والخصومة فيه من قطيعة الرحم والولاد في ذلك أقوي من القرابة المتأبدة بالمحرمية. وفيه دليل على أن من وهب لاجنبي هبة فله أن يرجع فيها مالم يعوض منها لقوله عليه الصلاة والسلام مالم يثب والمراد بالثواب العوض فعمر رضى الله عنه إمامنا في المسئلتين يحتج بقوله رضى الله عنه على الخصم وقد قال عليه الصلاة والسلام انما دار الحق فعمر معه وان ملكا ينطق على لسان عمر (وعن) عائشة رضى الله عنها قالت نحلني أبو بكر رضي الله عنه جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما حضره الموت حمد الله تعالى واثنى عليه ثم قال يابنية ان أحب الناس الى غنى أنت وأعزهم على فقرا أنت واني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا من مالى بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة وانما هما اخواك واختاك قالت فقلت فانما هي أم عبدالله يعنى اسماء قال انه ألقى في نفسى أن في بطن بنت خارجة جارية. ثم ذكر عن الشعبي عن عائشة رضى الله عنها ان ابا بكر رضى الله عنه نحلها أرضا له. وفى هذا دليل ان الهبة لا تتم الا بالقبض وانه يستوى في ذلك الاجنبي والولد اذا كانا بالغين. وفيه دليل على أن الهبة لاتتم الا بالقسمة فيما يحتمل القسمة لان أبا بكر رضي الله عنه أبطل لعدم القبض

والحيازة جميعاً بقوله وانك لم تكونى قبضتيه ولاحزتيه والمراد بالحيازة القسمة لانه يقال حاز كذا أى جعله في حيزه بقبضه وحاز كذا أى جعله فى حيزه بالقسمة ولو حملناه على القبض هنا كان تكراراً وحمل اللفظ على ما يستفاد به فائدة جديدة أولى من حمله على التكرار وفيه دليل أن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تكون باطلة لان أبا بكر رضى الله عنه باشرها ولكن لايحصل الملك الا بعد القسمة كما لا يحصل الملك الا بعد القبض ولانقول الهبة قبل القبض باطلة. وفيه دليل ان التسليم كالتمليك المبتدا لان أبا بكر رضي الله عنه امتنع من ذلك لمرضه فان المريض ممنوع من ايثار بعض ورثته بشيء من ماله بطريق التبرع ولكن طيب قلبها بما قال انتدابا الى ما ندب اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله رحم الله امرأ أعان ولده على بره بدأ كلامه بالحمد والثناء على الله تعالى وكل مسلم مندوب الى ذلك خصوصاً في وصيته . ثم يستدل بقوله ان أحب الناس الي غنى أنت وأعزهم علي فقراً أنت أى أشدهم من تفضيل الغنى الشاكر على الفقير الصابر ولا شك أن أبا بكر رضى الله عنه كان يحب لها أعلي الدرجات ولكن المذهب عندنا أن الافضل ما اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد قال عليه الصلاة والسلام اللهم أحيني مسكيناوأمتنى مسكيناً واحشرنى فى زمرة المساكين وقال صلوات الله وسلامه عليه الفقر أزين بالمؤمن من العذار الجيد على خد الفرس. وكذلك أبو بكر رضى الله عنه اختار الفقر لنفسه حين أنفق جميع ماله على رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا أنه انما قال ذلك تطييباً لقلبها أو أحب الغنى لها لعجزها عن الكسب أو ظن انه يشق عليها الصبر على الفقر فلهذا قال أحب الناس الي غنى أنت وانى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً من مالي بالعالية وذلك اسم موضع وقد كان وهب لها قدر عشرين وسقاً من ماله فى ذلك الموضع قال وانما هو مال الورثة. وفيه دليل على أن حق الوارث يتعلق بمال المريض مرض الموت وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام وما سوى ذلك فهو مال الوارث أو قال ذلك باعتبار أن مآله الى ذلك كقوله تعالى انك ميت وانهم ميتون. وانما هما أخواك واختاك وانما ذكر ذلك لتطييب قلبها انه كان لا يسلم لك فلا يبعد عنك فأشكل على عائشة رضي الله عنها قوله واختاك لانها ما عرفت لها الا اختا واحدة وهى أم عبد الله فقال أبو بكر رضى الله عنه أنه ألقى فى نفسى أن فى بطن بنت خارجة جارية يعنى أم حبيب امرأته وكانت حاملا. وفيه دليل أن الحمل من جملة الورثة وانه لا بأس للانسان أن يتكلم بمثل هذا بطريق الفراسة فان أبا بكر

رضى الله عنه قال ذلك بفراسته ولم يكن ذلك منه رجماً بالغيب فان ما فى الرحم لايعلم حقيقته الا الله تعالى كما قال الله تعالى ويعلم ما في الارحام * ولهذا قيل أفرس الناس أبو بكر رضي الله عنه حيث تفرس فى حبل امرته أنها جارية فكان كما تفرس وتفرس فى عمر رضي الله عنه حين استخلفه بعده (وعن) عمر وعثمان رضي الله عنهما قالا اذا وهب الرجل لابنه الصغير هبة فأعلمها فهو جائز وبه نأخذ فان حق القبض فيما يوهب لهذا الصغير الى الاب لو كان الواهب اجنبياً فكذلك اذا كان الواهب يصير قابضاً له من نفسه فتتم الهبة بالقبض ولا بد من الاعلام ليحصل المقصود به فالولد لا يتمكن من المطالبة به ما لم يكن معلوما له وهو معنى ما روى شريح انه سئل ما يجوز للصبي من نحل ابيه قال المشهود عليه والمراد الاعلام فالاشهاد فى الهبة ليس بشرط للاتمام وانما ذكر ذلك للتوثق حتى يتمكن الولد من اثبات ملكه بالحجة بعد موته على سائر الورثة (وعن) ابراهيم قال الرجل والمرأة بمنزلة ذى الرحم المحرم اذا وهب احدهما لصاحبه هبة لم يكن له ان يرجع فيها وبه نأخذ فان ما بينهما من الزوجية نظير القرابة القريبة ولهذا يتعلق بها التوارث من الجانبين بغير حجب ويمتنع قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه وهذا لان المقصود حصل بالهبة وهو تحقيق ما بينهما من معنى السكن والازدواج وفى الرجوع ايقاع العداوة فيما بينهما والنفرة. والزوجية بمعنى الالفة والمودة فلا يجوز لاحدهما الاقدام على مايضاده وهذا كان مانعا من الرجوع فيما بين القرابات (وقال) فى الرجل يهب لامرأته أولبعض ولده وقد أدرك وهو فى عياله ان ذلك جائز اذا أعلمه وان لم يقبض ذلك الموهوب له. وبه يأخذ ابن أبي ليلى فيقول اذا كان الموهوب له فى عياله فيده في قبض الهبة كيده كما فى الصغار . ولسنا نأخذ بذلك لانه لابد من نوع ولاية له ليجعل قبضه بذلك كقبض الموهوب له ولا ولاية له عليهم بعد البلوغ وان كان يعولهم ألا ترى أن الغنيّ يعول بعض المساكين فينفق عليهم ثم لو تصدق عليهم لا يتم ذلك الا بالاعلام ما لم يسلمه اليه (وعن) عطاء بن السائب عن شريح رحمهما الله انه سأله عن الحبيس فقال انما أقضي ولست أفتى فأعدت عليه المسئلة فقال لاحبيس عن فرائض الله تعالى. وبه يأخذ من يقول لا ينبغى للقاضى ان يفتى وهذا فصل تكلم فيه العلماء رحمهم الله. فمنهم من يقول فى العبادات لا بأس بأن يفتى وفي المعاملات لايفتى لكيلا يقف الخصم على مذهبه فيشتغلوا بالحيل على مذهبه. ومنهم من يقول لا يفتى فى مجلس القضاء وله أن يفتى فى غير مجلس القضاء

لانه لواشتغل بها في مجلس القضاء وكل واحد منهما أمر عظيم فربما يتمكن الخلل في أحدهما وهو متعين للقضاء فيشتغل بما تعين لهويدع الفتوى لغيره . والاصح عندنا انه لا بأس لهأن يفتي اذا كان أهلا لذلك وقد كان الخلفاء الراشدون رضى الله عنهم يقضون بين الناس ويفتون .والقضاء في الحقيقة فتوى الا أنهفتوى فيه الزام ولهذا كان القاضي في الصدر الاول يسمى مفتيا ألا ترى ان شريحا أفتى لما أعاد السؤال بقوله لا حبيس عن فرائض الله تعالى فهو دليل أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه فى أن الوقف لا يتعلق به اللزوم وقد روى هذا عن ابن مسعود رضى الله عنه بيناه فى الوقف (وعن) ابن عباس وشريح رضي الله عنهما قالا جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبيس وهكذا عن الشعبي . وفيه بيان أنه كان معروفا فيما بينهم أن الوقف لا يتعلق به اللزوم (وعن) عمر رضي الله عنه قال مابال أحدكم يتصدق على ولده بصدقة لايحوزها ولا يقسمها يقول ان أنامت كانت له وان مات هو رجعت الي وايم الله لا يتصدق منكم رجل على ولده بصدقة لم يحزها ولم يقسمها ثم مات الا صارت ميراثا لورثته وهكذا نقل عن عثمان رضى الله عنه. وفيه دليل أن الصدقة لاتتم الا بالقبض والقسمة لان المراد بالحيازة المذكورة فى هذا الحديث القبض فانها قرنت بالقسمة فلو حملنا الحيازة على القسمة كانت تكراراً ولو حملناها على القبض كنا قد استفدنا بكل لفظ فائدة جديدة .وفيه دليل انه اذا مات بعد ما تصدق على ولده قبل أن يسلمها اليه فهو ميراث للورثة وتأويله اذا كان الولد بالغا فهو حجة على ابن أبي ليلى لانه لم يفصل بين ان يكون في عيال الأب أولا يكون ولو كان المراد الولد الصغير فاذا لم يقسمها لم يثبت الملك للولد فكان ميراثا عن الاب بعد موته (وعن) على رضى الله عنه قال اذا وهبت المرأة لزوجها هبة فان شاءت رجعت فيها اذا هي ادعت انه استكرهها وان وهب هو لها شيئاً فليس له أن يرجع في الهبة وليس مراده الفرق بينهما فى الرجوع بحكم الزوجية وانما مراده أن الدعوى من المرأة أنها كانت مكرهة مسموع ومن الزوج لا لاعتبار الظاهر فالظاهر ان الزوج يتمكن من اكراه زوجته والمرأة لا تتمكن من اكراه زوجها والظاهر ان المرأة تخاف على نفسها من جهة الزوج بما يثبت به الاكراه من الضرب والحبس والزوج لا يخاف ذلك من جهة امرأته .وفيه دليل أن الهبة من المكره لاتصح لان شرط صحة الهبة تمام الرضا والاكراه يعدم الرضا. قال (ومن وهب هبة مقسومة لذى رحم محرم وسلمها اليه فليس له أن يرجع فيها وان وهبها لاجنبي أو لذى

رحم ليس بمحرم فله أن يرجع فيها) وهما فصلان (أحدهما) اذا وهب لاجنبي شيئاً فله أن يرجع في الهبة عندنا مالم يعوض منها فى الحكم وان كان لا يستحب له ذلك بطريق الديانة وعند الشافعى ليس له أن يرجع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب فى هبته الا الوالد فيما يهب لولده وفي رواية قال لا يحل . فقد نفى الرجوع أو حرم ولا يجوز الاقدام على ارتكاب الحرام شرعا وقال عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وفى رواية كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه والعود فى القيء حرام فكذلك الرجوع فى الهبة والمعنى فيه ان الهبة عقد تمليك فمطلقه لا يقتضى الرجوع فيه كالبيع وهذا لان الرجوع يضاد المقصود بالتمليك والعقد لا ينعقد موجبا ما يضاد المقصود به وانما يثبت حق الرجوع قبل تمامه كما فيما بين الوالد والولد باعتبار أن الولد كسبه علي ما نبينه أو أنه بعضه فلا يتم اخراجه عن ملكه لما جعلها محرزة وهذا لا يوجد فيما بين الاجانب وهو معنى قولهم ليس بين الواهب والموهوب له حزونة فلا يرجع أحدهما فيما يهب لصاحبه كالاخوين . وحجتنا فى ذلك حديث علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب على معنى أنها كانت له كالرجل يقول أكلنا خبز فلان الخباز وان كان قد اشتراه منه ولانه مد هذا الحق الي وصول العوض اليه وذلك فى حق الرجوع بعد التسليم وفى قوله تعالى فحيوا بأحسن منها أوردوها ما يدل على ذلك وقد بينا أن المراد بالتحية العطية قال القائل *تحيتهم بيض الولائد بينهم * يريد عطاياهم وفي حديث أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام من وهب هبة ثم أراد أن يرجع فيها فليوقف وليعرف قبح فعله وفى رواية حسن فعله فان أبى يرد عليه والمراد حسن فعله فى الهبة وقبح فعله فى الرجوع (وعن) فضالة بن عبيد أن رجلين اختصما اليه فقال احدهما انى وهبت لهذا بازيا ليثيبنى ولم يثبنى فأنا أرجع فيه فقال فضالة لا يرجع فى الهبة الا النساء والشرار من الناس اردد (وعن) أبى الدرداء رضى الله عنه قال الواهبون ثلاثة رجل وهب علي وجه الصدقة فليس له أن يرجع فيها ورجل استوهب فوهب فله أن يرجع فيها ما لم يعوض ورجل وهب بشرط العوض فهى دين له فى حياته وبعد موته والمعنى فيه أنه يمكن الخلل في المقصود بالعقد فيتمكن العاقد من الفسخ كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيباً . وبيان ذلك أن المقصود من الهبة للاجانب العوض والمكافأة والمرجع

فى ذلك الى العرف والعادة الظاهرة أن الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى
من دونه ليخدمه والي من يساويه ليعوضه واليه أشار رسول الله صلي الله عليه وسلم فى قوله
لوفد ثقيف لما أتوه بشيء أصدقة أم هبة فالصدقة يبتغي بها وجه الله تعالى والهبة يبتغي فيها
وجه الرسول صلى الله عليه وسلم وقضاء الحاجة ومنه يقال للايادى قروض وقال القائل

واذا جوزيت قرضا فاجزه * انما يجزى الفتى ليس الجمل

وبهذا يتبين أن حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا بل لتمكن الخلل فى المقصود بالعقد علي
معنى أن المعروف كالمشروط ولا يقال انما يقصد العوض بالتجارات فأما المقصود بالهبة اظهار
الجود والسخاء والتودد والتحبب وقد حصل ذلك وهذا لان العوض فى التجارات مشروط
وفى التبرعات مقصود ومعنى اظهار الجود ايضاً مقصود فانما يمكن الخلل فى بعض المقصود
وذلك يكفى للفسخ مع أن اظهار الجود مقصود كريم الخلق ولهذا يقول الراجع فى الهبة لا
يكون كريم الخلق فاما مقصود طيبة النفس العوض ومعنى التودد انما يحصل بالعوض كما
قال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا فان التفاعل يقتضى وجود الفعل من الجانبين كالمفاعلة
فأما الحديث فالمراد به ان لا ينفرد بالرجوع من غير قضاء ولا رضا الا الوالد اذا احتاج
الي ذلك فينفرد بالاخذ لحاجته وسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعاً في
الحكم كما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حمل على فرس سبيل الله ثم رأى ذلك
الفرس يباع فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في
صدقتك والشراء لا يكون رجوعاً في الصدقة حكماً والمراد لايحل الرجوع بطريق الديانة
والمروءة وهو كقوله عليه الصلاة والسلام لايحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت
شبعان وجاره الى جنبه طاو اي لايليق ذلك بالديانة والمروءة وان كان جائزاً في الحكم
اذا لم يكن عليه حق واجب . والمراد بالحديث الآخر التنبيه في معنى الاستقباح والاستقذار
ألا ترى أنه شبه بعود الكلب فى قيئه وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول وانه
يستقبح . وقد بينا الفرق بين هذا وبين الاخوين والزوجين لحصول ماهو المقصود هناك
وتمكن الخلل فيما هو المقصود هنا ولهذا يحتاج الى القضاء أو الرضا في الرجوع لانه بمنزلة
الرد بالعيب بعد القبض من حيث ان السبب تمكن الخلل فى المقصود فلا يتم الا بقضاء او
رضا والله سبحانه وتعالى أعلم (والفصل الثانى) اذا وهب الوالد لولده فليس له أن يرجع فيه

عندنا وقال الشافعي له ذلك لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام الا الوالد فيما يهب لولده والاستثناء من النفي اثبات ومن التحريم اباحة * وفي حديث نعمان بن بشير رضى الله عنه قال نحلني أبي غلاما وانا ابن سبع سنين فأبت أمي الا أن يشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملني أبي على عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبره بذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه ألك ولد سواه فقال نعم فقال عليه الصلاة والسلام أو كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال عليه الصلاة والسلام هذا جور وانا لا نشهد على جور اردد فقد امره رسول الله صلي الله عليه وسلم بالرجوع فيه واقل احوال الامر أن يفيد الاباحة ولانه جاد بكسبه على كسبه فيتمكن من الرجوع فيه كما لو وهب لعبده. ومعنى هذا أن الوالد كسبه. قيل في معنى قوله تعالى ماأغنى عنه ماله وما كسب وما ولد وقال عليه الصلاة والسلام وان ولده من كسبه. وتأثيره ما بينا أنه لا يتميز عن ملكه اذا كان الموهوب له كسبا له كالموهوب به واذا كان الموهوب له جزأ منه فلا يشكل أنه لا يتم خروجه عن ملكه ولا يبعد أن يختص الوالد بما لا يشاركه الولد فيه كالتملك بالاستيلاد فانه يثبت للأب في جارية ابنه ولا يثبت للابن في جارية أبيه . وحجتنا مارونا من حديث عمر رضى الله عنه فهو الامام لنا في المسئلتين ولان الهبة قد تمت لذى الرحم المحرم ملكا وعقدا فلا يملك الرجوع فيه كالابن اذا وهب لابيه أو الاخ لاخيه وهذا لان المقصود قد حصل وهو صلة الرحم ولان في الرجوع معنى قطيعة الرحم وهذا موجود في حق الوالد مع ولده لانه بالرجوع يحمله على العقوق وانما أمر الوالد أن يحمل ولده على بره . ولا يقال مقصود الوالد أن يخدمه الولد ولما رجع فالظاهر انه لم ينل ذلك لان شفقة الابوة تمنعه من الرجوع بعد حصول المقصود وهذا لان هذا المعنى خفيّ لاينبنى الحكم عليه وهو موجود في الولد اذا وهب لوالده فالظاهر أنه قصد أن يخصه باكرام وانما يرجع لانه لم ينل ذلك ولا معتبر بما ذكر من الكسب فانه لو وهب لمكاتبه أو لمعتقه لا يرجع فيه وهو كسبه أيضاً وهذا لان الوالد كسبه لاملكه بخلاف عبده. فأما الحديث فقد قيل معنى قوله عليه الصلاة والسلام الا الوالد ولا الوالد فان كلمة الا تذكر بمعنى ولا قال الله تعالى الا الذين ظلموا منهم أي ولا الذين ظلموا منهم وقوله تعالى وما كان مؤمن أن يقتل مؤمناً الا خطأً أي ولا خطأً. أو المراد الا الوالد فانه ينفرد باخذه عند حاجته على ما قررنا وحديث النعمان بن بشير رضى الله تعالى عنه قيل

قوله وانا ابن سبع سنين وقوله فحملني أبي علي عاتقه لم ينقل في شيء من المشاهير فيحتمل انه كان بالغاً ولم يسلمه اليه. وعندنا في مثله له أن يرجع ويحتمل انه كان صغيراً ولكن كان فوض ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليهبه له ان رآه صوابا. ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام اردد أي أمسك مالك وارجع الى رحلك. وقيل كان هذا منه بطريق الوصية بعد موته ألا ترى أنه اعتبر التسوية بين الاولاد وانما تجب التسوية فى الوصية بعد الموت فأما فى الهبة فى الصحة فلا ألا ترى أن أبا بكر رضى الله تعالى عنه خص عائشة بالهبة لها فى صحته كما روينا والدليل عليه أن النعمان بن بشير رضى الله عنه قال فرجع أبي في وصيته * وفى هذا التأويل كلام فالمذهب انه ينبغي للوالد ان يسوى بين الاولاد فى العطية عند محمد رحمه الله على سبيل الارث للذكر مثل حظ الانثيين وعند أبى يوسف رحمه الله يسوى بين الذكور والاناث قال عليه الصلاة والسلام ساووا بين أولادكم حتي في القتل ولو كنت مفضلا أحداً لفضلت الاناث والاعتماد على التأويل الاول * وذو الرحم الذى ليس بمحرم كالاجنبي فى حق الهبة لان ما بينهما من القرابة لا يفترض وصلها ولهذا لا يتعلق بها استحقاق العتق وحرمة النكاح وكذلك المحرم الذى ليس برحم لانه لا تأثير للرضاع والمصاهرة في استحقاق الصلة فكانت الهبة بينهما المقصود العوض فاذا لم ينل كان له أن يرجع فيها ان كانت قائمة لم يزدد خيراً * والموانع من الرجوع فى الهبة إما أخذ العوض لان المقصود به قد تم وفى قوله ما لم يثب منها دليل على انه لا رجوع بعد نيل العوض وأن يزداد الموهوب فى نفسه خيراً فان حق الرجوع فيما تتناوله الهبة وتلك الزيادة لم تتناولها الهبة ولا يتأتى الرجوع فى الاصل بدون الزيادة المتصلة وهذا بخلاف مالو زاد فى سعره لان ذلك ليس بزيادة فى العين فانه عبارة عن كثرة رغبات الناس فيه فأما العين علي حاله كما كان. ومنها أن يخرج الموهوب من ملك الموهوب له لان تبدل الملك كتبدل العين ولان حق الرجوع فى الملك المستفاد في الهبة على معنى أن بالرجوع ينتهى ذلك الملك فلا يمكن اثباته في ملك آخر. ومنها ان يموت الواهب فليس لوارثه أن يرجع فيه لان التمليك بعقد الهبة لم يكن منه فلا يخلف مورثه فيما لم يكن على ملكه عند موته ومنها ان يموت الموهوب له فان الملك ينتقل من الموهوب الى وارثه ولو انتقل الملك في حياته الى غيره لم يرجع الواهب فيه وكذلك بعد موته. قال (فان مات أحدهما إما الواهب أو الموهوب له قبل التسليم بطلت الهبة لان تمام الهبة بالقبض

وكان القبض في الهبة كالقبول فى البيع من حيث ان الملك يثبت به فكما أن موت أحدهما
بعد الايجاب قبل القبول يبطل البيع فكذلك الهبة . قال (وان كان الموهوب حاضراً
فى المجلس فقبضه الموهوب له باذن الواهب ملكه وان قبضه بغير اذنه فى القياس لا يملكه
وفى الاستحسان يملكه نص على ذلك فى الزيادات) . وجه القياس أن العين باقية على
ملك الواهب وليس لاحد أن يقبض ملك غيره بغير اذنه فكان متعديا في القبض لا متملكا
ولان ايجاب العقد لا يكون اذنا في القبض كالبيع فان المشترى لو قبض المبيع بغير اذن البائع
قبل نقد الثمن لم يكن هذا قبضاً باذن وان كان المبيع حاضراً حتى لا يسقط حق البائع فى الحبس
بل أولى فان هناك قد ملكه المشترى بالعقد فانما يقبض ملك نفسه وهنا الموهوب له لم يملك
بالعقد . ووجه الاستحسان أن القبض فى الهبة كالقبول فى البيع ثم ايجاب البيع يكون اذنا فى
القبول فكذلك ايجاب الهبة يكون اذنا في القبض لان مقصود الموجب اتمام تبرعه وذلك يكون
بالقبض فكان في القبض تحصيل مقصوده فلهذا جعلناه مسلطاً للموهوب له على ذلك اذا
كان الموهوب حاضراً بخلاف البيع والقبض هناك لاسقاط حقه فى الحبس ولم يكن ذلك
مقصوده بالبيع وانما كان مقصوده أن يسلم العوض له فلهذا لا يجعله بايجاب البيع راضياً بسقوط
حقه فى الحبس ولو لم يكن الموهوب حاضراً فى المجلس فقبضه الموهوب له بعد ما افترقا
بغير اذن الواهب لا يملكه وان قبضه باذن الواهب فقياس الاستحسان الاول أن لا يملكه
أيضا لان القبض هنا بمنزلة القبول فى البيع والقبول بعد الافتراق لا يوجب الملك باذن الموجب
كان أو بغير اذنه فكذلك القبض هنا وفي الاستحسان يملكه لان العقد انعقد لوجود الايجاب
والقبول والقبض محتاج الى ذلك ليتقوى به السبب فيكون موجباً للملك وذلك حاصل بعد
الافتراق واذنه يحتاج في القبض الي اذن المالك صريحا أو دلالة فاذا كان الموهوب غائبا لم
يثبت الاذن بقبضه دلالة فلا بد من التصريح بذلك فاذا قبضه باذنه ملكه . والاصل فيه
ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما نحر هداياه قال من شاء ان يقتطع فليقتطع وانصرف
فكان إذنا بالقبض لمجهول يملكه بالقبض فلأن يصح ذلك للمعلوم كان أولى وله أن يرجع
قبل أن يقبضه الموهوب له سواء كان حاضرا وغائبا أذن له فى قبضه أولم يأذن له ومراده
التفرد بالرجوع فان الملك لم يحصل للموهوب له فكان الراجع مستديما لملكه والمالك ينفرد
باستدامة ملكه فأما بعد القبض لا يرجع فى الهبة الا بقضاء أورضا بمنزلة الأخذ بالشفعة

لان الراجع يعيد الى نفسه ملكا هو لغيره فلا ينفرد به من غير قضاء ولا رضا لانه ان كان هو يطلب لحقه فالموهوب له يمنع تملكه فكان الفصل بينهما الى القاضي كما في الاخذ بالشفعة والفرقة بين العنين وامرأته . قال(واذا أودع الرجل الرجل شيئاً ثم لقيه فوهبه له وليس الشيء بحضرتهما فالهبة جائزة اذا قال الموهوب له قبلت ولا يحتاج فيه الى قبض جديد) لان الشيء في يد الموهوب له واليد مستدامة فاستدامتها كانشائها بعد قبول الهبة وهذا لان القبض بحكم الهبة ليس بموجب للضمان فيد الامانة تنوب عنه بخلاف الشراء فان المودع اذا اشترى الوديعة من المودع وهي ليست بحاضرة لا يصير قابضا بنفس الشراء فان القبض بحكم الشراء قبض ضمان وقبض الامانة دون قبض الضمان والضعيف لا ينوب عن القوى . وكذلك هذا في العارية والاجارة لان قبض المستعير والمستأجر قبض أمانة كقبض المودع أوأقوى منه . قال(والنحلى والعمري والعطية بمنزلة الهبة فيما ذكرنا) لان هذه عبارات عن شيء واحد وهو التمليك بطريق الهبة وانما يعتبر المقصود لا العبارة عنه ألا ترى أن لفظ الفارسية والعربية فيه سواء والأصل فيه ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وأبطل الشرط يعني شرط العود اليه بعد موت الموهوب له أما الصدقة اذا تمت بالقبض فليس له أن يرجع فيها سواء كانت لذوابته أولاجنبي لان المطلوب بالصدقة نيل الثواب وقد حصل ذلك ولا رجوع بعد حصول المقصود بتمامه ولان المتصدق يجعل ذلك المال لله تعالى ثم يصرفه الى الفقير فيكون كفاية له من الله تعالى ولهذا لم يكن للمعطى فيه منة على القابض وانما له حق الرجوع في ملك ذلك المال المتملك من جهته وقد انعدم ذلك في الصدقة فلهذا لا يرجع فيها ويستوى في الهبة حكم الرجوع ان كان الموهوب له مسلما أو كافراً لان المقصود لا يختلف بذلك فانه ان كان اجنبيا فالمقصود العوض وان كان قريبا له فالمقصود صلة الرحم وفي هذا المسلم والكافر سواء . قال (واذا وهب عبدا لاخيه ولاجنبي وقبضاه فله أن يرجع في نصيب الاجنبي اعتباراً للبعض بالكل) وهذا لان في نصيب الاجنبي مقصوده العوض ولم ينل ذلك . قال(وان وهب لاخيه هبة وهو عبد فقبضها فله أن يرجع فيها) لان الملك بالهبة وقع للمولي والعبد ليس من أهل الملك والمولى أجنبي فعرفنا ان مقصوده العوض والمكافأة ولم ينل ذلك ولانه انما يخاصم في الرجوع المولى باعتبار أن الملك واليد له فلا تمكن بينهما قطيعة رحم اذا كان المولى أجنبيا . قال(وان وهب لعبد أخيه

هبة فله أن يرجع فيها في قول أبي حنيفة) وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له أن يرجع فيها. وجه قولهما ان الملك بحكم الهبة وقع لذى الرحم المحرم فلا رجوع فيها كما لو كان وهب للمولى وهذا لانه وان أضاف العقد الى العبد فالمقصود المولى وهو قريبه فعرفنا أن مقصوده صلة الرحم ألا ترى أنه لو أوصى لعبد وارثه أو لعبد قاتله كان ذلك كالوصية لمولاه حتى لا يصح ولانه فى الرجوع يخاصم المالك وهو قريب له وفي مخاصمته فى الرجوع فيها قطيعة الرحم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الصلة ماتمت لذى الرحم المحرم عقداً وملكا فيكون له أن يرجع فيها كما لو كان وهب لاخيه وهو عبد لغيره وهذا لان الرجوع باعتبار العقد والملك حتى اذا كان العقد معاوضة فليس فيه حق الرجوع وبعد زوال الملك لا رجوع والعقد هنا للعبد ألا ترى أن القبول والرد يعتبر منه دون المولى وان المعتبر منه دين العبد حتى اذا كان الموهوب خمراً صحت الهبة اذا كان العبد كافراً وان كان مولاه مسلماً. والملك بحكم الهبة يقع للعبد على أحد الطريقين لان الحكم انما يثبت لمن باشر سببه ولهذا يقدم فيه حاجة العبد حتى يقضي منه ديونه ثم ينتقل الى المولى عند استغناء العبد عنه لانه مالك لرقبته فيخلفه فى كسبه خلافة الوارث المورث. وعلى الطريق الآخر الملك يقع للمولى ولكن بطريق الخلافة عن العبد لانه ليس بأهل للملك فيخلف القاتل فى ذلك مولاه وهو نظير الطريقين فى الوكيل بالشراء * اذا ثبت هذا فنقول لما وقع العقد للعبد وهو أجنبي فلا ينفك هذا العقد عن مقصود العوض فيثبت حق الرجوع فيه اذا لم يعوض * فان قيل * فاذا وقع الملك للعبد ثم انتقل منه الي المولى ينبغى أن لا يثبت حق الرجوع فيه * قلنا * هذا ان لو كان الثابت له ملكا مستقراً وهو ليس من أهل ذلك وعند العقد هذا الانتقال كان معلوماً فلا يكون مانعاً من الرجوع * فان قيل * كيف يقصد بالهبة من العبد العوض وهو ليس من أهل العوض فينبغى أن لا يثبت الرجوع في الهبة من العبد أصلا لعلمنا أنه لم يقصد العوض به كما لا يرجع في الهبة من الفقير * قلنا * العبد من أهل أن يعوض بمنافعه وخدمته ومن أهل أن يعوض بكسبه عند اذن المولى فكان المقصود بالهبة منه ما هو المقصود بالهبة من الحر وهو العوض وهذا بخلاف الوصية فالبطلان هناك لايثار بعض الورثة وذلك بالملك لا بالعقد فاعتبرنا من يقع له الملك وهنا الرجوع لفوات المقصود بالعقد فان العوض مقصود بعقد التبرع أيضاً فانما ينظر الى من وقع العقد أو الملك له فأيهما كان أجنبيا ثبت حق الرجوع له لانه لم

ينفك عن قصد العوض * فان كان المولى والعبد كل واحد منهما ذا رحم محرم منه بان كان أخوه لابيه عبداً لاخيه لامه فقد ذكر الكرخي عن محمد رحمه الله ان في قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن لا يرجع فيه أيضا لانه لامعتبر بقرابة العبد في المنع من الرجوع بدليل الفصل الاول فكان هذا وما لو كان العبد أجنبياً سواء وكان أبو جعفر الهندواني رحمه الله يقول لايرجع هنا وهو الصحيح عندنا لانا علمنا أنه لم يقصد العوض بهذا العقد فان تخصيصه هذا العبد من بين عبيد مولاه دليل على أنه قصد صلة الرحم دون العوض وكذلك تخصيصه عند هذا المولى دليل على انه قصد صلة رحم مولاه فسواء اعتبرنا العقد أو الملك أو اعتبرناهما فالمقصود صلة الرحم دون العوض. قال (حربي دخل علينا بأمان وله عندنا أخ مسلم فوهب احدهما لصاحبه شيئاً وسلمه فلارجوع له فيه) لان المقصود لايختلف بكون أحدهما مسلما أومستأمناً ولان الرحم مع المحرمية مانع من الرجوع في الهبة كما أنه موجب العتق عند دخوله في ملكه ويستوى في ذلك المستأمن والذمى والمسلم فكذلك في حق الرجوع فان لم يقبض الموهوب له حتى رجع الحربى الى دار الحرب بطلت الهبة لان رجوعه الى دار الحرب حربياً كموته فان من في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت وموت الموهوب له قبل القبض يبطل الهبة وكذلك ان كان الحربى هو الواهب فقد بطلت الهبة وبقي المال على ملكه فيوقف حتى يحضر هو أو نائبه فيأخذ ولا يبعث به الى دار الحرب بمنزلة مال خلفه في دارنا وهذا لبقاء حكم الامان في المال الذى خلفه هنا * فان كان الحربى اذن للمسلم في قبضه وقبضه بعد رجوعه الى دار الحرب جاز استحساناً وفي القياس لايجوز لانه لما صار بمنزلة الميت بطلت الهبة ولا يبقى حكم اذنه في القبض كما لو مات حقيقة بعد الاذن في القبض وهذا لانه اذن له في قبض متمم للهبة وذلك لايكون الا مع بقائه حيا حقيقة وحكماً. ووجه الاستحسان ان اذنه في القبض باق بعد لحاقه لان ابتداء اذنه في قبض هذا المال بعد لحاقه معتبر فانه لو أرسل هذا الرجل ليأخذ ماله يجب تسليمه اليه فلأن يبقى اذنه كان أولى واذا بقى اذنه يجعل في الحكم كانه سلمه اليه بنفسه، وحقيقة الفرق بين هذا والموت الحقيقى أن هناك المال صار حقا لوارثه وليس له اذن معتبر في ملك الغير وهذا المال بقى موقوفا على حقه فكان اذنه فيه معتبراً فلهذا يملك بالقبض باذنه استحساناً. قال (رجل وهب لامرأة هبة ثم تزوجها فله أن يرجع فيها) لانها لما كانت أجنبية منه حين وهب لها علمنا أن مقصوده العوض ولم

ينل ذلك ﴿فان قيل﴾ بل كان مقصوده أن تزوج نفسها منه وقد فعلت فينبغي أن لا يرجع في الهبة ﴿قلنا﴾ هذا ليس بمقصود شرعي فيما شرعت الهبة له فلا معتبر به وبالنكاح وان حصل له الملك فقد وجب عليه البدل فلا يعتبر ذلك فى المنع من الرجوع فى الهبة . قال (وان وهب لامرأته هبة ثم أبانها فليس له أن يرجع فيها) لان الهبة لما كانت فى حال قيام الزوجية بينهما عرفنا أنه لم يكن مقصوده العوض فلهذا لا يرجع فيها. قال (رجل وهب لابنه الكبير عبداً وهو فى عياله ولم يسلمه اليه أو وهب لزوجته لم تجز الهبة الا على قول ابن ابى ليلى) فانه يقول من في عياله تحت يده فيقوم قبضه لهم مقام قبضهم كما لو وهب لولده الصغير والدليل عليه أن الصغير اذا كان في عيال أجنبي فوهب هو له أو غيره هبة وقبضه من يعوله تمت الهبة ولا نسب بينهما سوى أنه يعوله ولكنا نقول لا ولاية له على ولده البالغ ولا على زوجته فيما وراء حقوق النكاح وقبض الهبة ليس من حقوق النكاح في شئ وكان هو والاجنبي فى ذلك سواء ولانه متبرع بالانفاق على ولده البالغ فهو كالغني اذا تبرع بالانفاق على بعض المساكين ويعولهم فلا ينوب قبضه عن قبضهم فى اتمام الصدقة والهبة بخلاف الاب فى حق ولده الصغير فانه وليه وهكذا نقول فيمن يعول يتيما انما يعتبر قبضه له اذا لم يكن لليتيم ولى يقبض له وهنا الموهوب له ولى نفسه فلا حاجة الى قبض من يعوله فى حقه كما اذا كان الصغير فى عيال أجنبي وله أب أو جد فانه لا يعتبر قبض من يعوله فى اتمام الهبة له . قال (وكل شئ وهبه لابنه الصغير واشهد عليه وذلك الشيء معلوم فهو جائز) والقبض فيه باعلام ما وهبه له والاشهاد عليه والاشهاد له ليس بشرط بل الهبة تتم بالاعلام الا انه ذكر الاشهاد احتياطاً للتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته أو عن جحوده بعد ادراك الولد أما اذا اتفقوا على ذلك فالهبة تامة بدون الاشهاد . وكذلك ان كان هذا الولد في عيال أمه لان لها عليه نوع ولاية ألا ترى انها تحفظه وتحفظ ماله وهذا القدر من الولاية يكفى لقبض الهبة . والصدقة فى هذا قياس الهبة لان تمام كل واحد منهما بالقبض . قال (وان كان اليتيم في عيال امه فوهبت له عبداً واشهدت عليه وأبوه ميت ولا وصي له جازت الهبة وقبض الام بمنزلة الاب لو كان حيا) لان فى القبض معنى الاحراز كالحفظ وللأم ولاية حفظ مال اليتيم فكانت فى قبض الهبة كالاب . قال (وكذلك ان كان اليتيم فى عيال عمه فقبضه العم له وان كان له أخ أو أم فقبض العم له قبض ايضاً) لانه يستوي بالاخ فى ثبوت ولاية الحفظ له فى ماله فكان ذلك محض منفعة له وبسبب

قرابته القريبة يثبت هذا القدر من الولاية كقرابة العم لقرابة الاخ ثم تأيدت قرابة العم بكون اليتيم فى عياله فتم الهبة له بقبضه * قال وكذلك ان كان له وصى فوهب له هبة وهو فى عياله وأشهد على ذلك وأعلمه جاز وقبل مراده وصى الام أو الاخ فأماوصي الاب والجد فله أن يقبض ما يوهب له سواء كان في عياله أولم يكن لانه قائم مقام الوصى فى الولاية فى ماله مطلقا سواء كان هو الواهب له أو غيره. قال(فان كان رجل اجنبي يعول يتيما وليس بوصى له ولا بينهما قرابة وليس لهذا الوصي أحد سواه جاز له ان يقبض ما يوهب له استحسانا) وفى القياس لا يجوز لانه لا ولاية له عليه وهو متبرع فى تربيته والانفاق عليه فكان كسائر الاجانب فيما ينبنى على الولاية ولكنه استحسن فقال فيما يتمحض منفعة لليتيم فمن يعوله خلف عن وليه ألا ترى انه أحق بحفظه وتربيته لو أراد اجنبي آخر ان ينتزعه من يده لم يكن له ذلك وأن يسلمه في تعليم الاعمال فيكون فى ذلك بمنزلة وليه والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل. وانما أثبتنا هذه الخلافة توفيراً للمنفعة على الصغير لانه يقرب الى المنافع ويبعد عن المضار وفى قبض الهبة محض منفعة له فاذا ثبت أن له أن يقبض هبة الغير له فكذلك اذا كان هو الواهب فاعلمها وأبانها فهو جائز وقبضه له قبض ويستوى ان كان الصبي يعقل أولا يعقل. وفيه نوع اشكال لانه اذا كان يعقل فهو من اهل ان يقبض بنفسه فلا حاجة الى اعتبار الخلف هاهنا * ولكن الجواب ان يقول يقبض لا باعتبار الولاية على نفسه فالصغير تبقى ولايته عن نفسه ولكن لتوفير المنفعة عليه وفى اعتبار قبض من يعوله مع ذلك معنى توفير المنفعة اظهر لانه ينفتح عليه بابان لتحصيل هذه المنفعة بخلاف الولد الكبير لانه يقبض هناك بولايته على نفسه وولاية الغير خلف فلا يظهر عند ظهور الاصل. قال (وكل يتيم في حجر اخ أو ابن اخ أو عم يعوله فوهب له رجل هبة فانما يقبضها الذى يعوله اذا كان هو صغيراً لا يحسن القبض) وكذلك ان كان عاقلا يحسن القبض فقبض له من يعوله جاز لما بينا وان قبض الصغير بنفسه ففى القياس لا يجوز قبضه وهو قول الشافعى لانه لامعتبر بقبضه قبل البلوغ خصوصاً فيما يمكن تحصيله له بغيره فان اعتبار عقله للضرورة وذلك فيما لا يمكن تحصيله له بغيره فأما فيما يمكن تحصيله له بغيره فلا تتحقق الضرورة ولهذا لم يعتبر الشافعي رحمه الله عقله فى صحة اسلامه واعتبره فى وصيته واختياره احد الابوين لان ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره . وجه الاستحسان انه انما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه

فالظاهر أنه لا يتم نظره في عواقب الامور بما له من العقل الناقص قبل بلوغه وهذا فيما يتردد بين المضرة والمنفعة فأما فيما يتمحض منفعته لا يتحقق هذا المعنى وقد بينا أن في اعتبار عقله توفير المنفعة عليه واذا كان فيما لا يمكن تحصيله له بغيره اذا كان محض منفعة يعتبر عقله لتوفير المنفعة عليه بطريقتين * ثم العادة الظاهرة بين الناس التصدق على الصبيان من غير نكير منكر وتعامل الناس من غير نكير منكر أصل من الاصول كبير ولان حقيقة القبض توجد منه وهو محبوس فانما يسقط اعتباره في حق حكمه لحجر شرعي ولا حجر عليه فيما يتمحض منفعته له . قال (والصبية التي دخل بها زوجها فان زوجها يقبض الهبة لها لانه يعولها * فان قيل * الولاية عليها للاب دون الزوج * قلنا * نعم ولكن الاب أقام الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها اذا زفها الى بيت الزوج وقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج فيه مقام الاب ولكن لهذا لا تنعدم ولاية الاب فاذا قبضها الاب صح قبضه لقيام ولايته وان قبضت بنفسها جاز لانها تعقل القبض وان قبض الزوج جاز لما بينا ولا يكون الزوج في هذا بمنزلة ما لو سلم الاب ولده الصغير الي من يعوله لان ذلك لا يثبت به الاستحقاق فعرفنا انه لا يقوم فيه مقام الاب والزوج لحكم النكاح يثبت له عليها استحقاق اليد حتى يصير أولى بها من ابيها وان كانت لم تزف الي زوجها لم يعتبر قبض الزوج لها لان اعتبار ذلك بحكم أنه يعولها وان له عليها يداً مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف وان ادركت لم يجز قبض الزوج لها لان اعتبار ذلك بحكم انه يعولها لانها صارت ولية نفسها حين بلغت عاقلة . قال (ولا يجوز قبض الاخ والجد على الصغير اذا كان الاب حياً حاضراً) لان من هو الاصل في هذه الولاية حاضر فلا حاجة الى اعتبار من هو خلف في ذلك فان كان الاب غائبا غيبة منقطعة فقد خرج الصغير من أن يكون منتفعا برأى الاب فيصير هو كالمعدوم فتكون ولاية القبض للاخ اذا كان الصغير في عياله وهذا نظير ولاية التزويج ونظير حق الحضانة والانفاق من المال فانه لا يعتبر مال الجد ما دام الصغير منتفعاً بمال الاب فاذا انعدم ذلك بغيبة ماله جعل في حكم المعدوم أصلا ألا ترى أن التيمم لما جعل خلفا عن الماء في حكم الطهارة فحال عدم الماء وحال نجاسة الماء الموجود في ذلك سواء لان ما هو المقصود وهو الطهارة لا يحصل بالماء النجس فان كان الاب دفعه الى غير الاخ وغاب غيبة منقطعة فكان في حجر الرجل وعياله جاز له قبض الهبة ولو قبض الاخ لم يجز قبضه لان الاب اقامه مقام نفسه في النظر

له فكان هو منتفعا برأيه قائما مقامه ولو كان منتفعاً برأيه بأن كان حاضراً لم يجز قبض الاخ فهذا مثله وهذا لما بينا ان مجرد قرابة الاخ لاتثبت له الولاية بدون اليد * واذا كان في عيال من اختاره الاب فليس للاخ عليه يد موجودة ولا مستحقة حتى انه ليس له ان يسترده ممن يعوله فكان كالاجنبي ولمن يعوله يد مستحقة ما لم يحضر الاب فهو الذي يقبض الهبة له والله اعلم بالصواب

باب ما يجوز من الهبة وما لا يجوز

قال (واذا وهب الرجل للرجل نصيبا مسمى من دار غير مقسومة وسلمه اليه مشاعاً أو سلم اليه جميع الدار لم يجز) يعنى لا يقع الملك للموهوب له بالقبض قبل القسمة عندنا وقال الشافعى يقع الملك وتتم الهبة لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما دخل المدينة نظر الى موضع المسجد فوجده بين أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فوهب أسعد رضى الله عنه نصيبه لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وهب الرجلان نصيبهما منه أيضا فبنى المسجد (وقال) عليه الصلاة والسلام للرجل الذى أتاه بكبة من شعر فقال أخذت هذه من الغنيمة لأخيط بها بردعة بعير لى أما نصيبي منها فهولك فقد وهب المشاع (وعن) أنس بن مالك رضى الله عنه انه جوز الهبة فى المشاع ولانه عقد تمليك للمال فيصح فى المشاع كالبيع وتأثيره أن الجزء المشاع محل لما هو موجب هذا العقد وهو الملك وانما يشترط فى المحل المضاف اليه العقد كونه محلا لحكم العقد وبه فارق الصوف على ظهر الغنم فانه مملوك وصفا وتبعا لا مقصوداً وموجب الهبة الملك مقصوداً ولهذا لا يجوز اضافة البيع اليه بخلاف الجزء الشائع ولان الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لايمنع تمام الهبة وما يؤثر فيه الشيوع فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة فيه سواء كالرهن عندكم والنكاح عندى ولان الهبه عقد تبرع فتكون بمنزلة القرض والوصية والشيوع لا يمنع صحة الوصية وهى تبرع بعد الموت فكذلك التبرع فى الحياة ولا يمنع القرض أيضاً فانه لو دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفها قرضاً عليه ويعمل فى النصف الآخر بشركته يجوز ذلك وبفصل القرض يبطل اعتمادكم على اشتراط القبض فاصل القبض شرط لوقوع الملك فى القرض ثم لا تشترط القسمة والدليل على ان القبض مع الشيوع يتم انه ينتقل الضمان الي

المشترى بالقبض مع الشيوع ويملك المشاع عندكم بالبيع الفاسد والمشاع يصلح أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف . واعتمادنا في المسئلة على اجماع الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم فقد روينا فى أول الكتاب شرط القسمة عن أبي بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم وعن على رضى الله عنه من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز حتى يقاسم والمعنى فيه أن شرط القبض منصوص عليه في الهبة فيراعي وجوده علي اكمل الجهات التى تمكن كشرط استقبال القبلة فى الصلاة لما كان منصوصاً عليه يشترط ذلك فيه حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته والحطيم من البيت من وجه دون وجه وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا وبدون الاطلاق لا يثبت الكمال . ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشيء فى حيز القابض والمشاع فى حيزه من وجه وفى حيز شريكه من وجه لانه لا يمكن ان يشار الى شيء منه بعينه فيقال انه في يد هذا دون هذا ولان القسمة من تمة القبض ألا ترى ان الشفيع لا ينقض قسمة المشترى كما لا ينقض قبضه وله حق نقض تصرفات المشترى فان للمشترى ان يطالب البائع بالقسمة بعد الشراء وانما يثبت له حق المطالبة بالقبض بالشراء فعرفنا أن القسمة من تمة القبض فبدونها لا يتم ولكن هذا فيما يتأتى فيه القسمة فأما فيما لا يقسم القسمة لا يكون حيازة لان المقصود الانتفاع وبالقسمة يتلاشي فعرفنا أن القسمة فيه ليست من تمة القبض ولان اشتراط أصل القبض فى وقوع الملك هنا لمعنى ذلك المعنى موجود في القسمة وهو أن لا يصير عقد التبرع سببا لوجوب الضمان للمتبرع عليه على المتبرع في عين ما تبرع به لانه لو ملك قبل القبض طالبه بالتسليم اليه وكذلك لو ملكه قبل القسمة طالبه بالتسليم اليه فكذلك لو ملكه قبل القسمة طالبه بالقسمة فيصير عقد التبرع موجبا ضمان القسمة عليه وهو خلاف موضوع التبرع بخلاف ما لا يحتمل القسمة فانه لا يستوجب به حق المطالبة بالقسمة ﴿ فان قيل ﴾ يستوجب به المهايأة ﴿ قلنا ﴾ المهايأة قسمة المنفعة وعقد التبرع لاقى العين فلم يكن ذلك ضمانا فى عين ما تبرع به * ولا يرد علي هذا ما لو أتلف الواهب الموهوب بعد التسليم ضمن قيمته للموهوب له لان ذلك الضمان يلزمه بالاتلاف لا بعقد التبرع وضمان المقاسمة هنا وان كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة فلا يمنع اضافة الضمان الى الهبة ألا ترى ان شراء القريب اعتاق وان كان العتق بسبب الملك لان ذلك الملك حكم الشراء . وبه فارق البيع فانه عقد ضمان فيجوز أن يتعلق به ضمان

المقاسمة ولان اصل القبض هناك لا يشترط لوقوع الملك فذلك ما يتممه وبه فارق الوصية فأصل القبض هناك ليس بشرط للملك فكذلك ما يتممه وكما يستحق هناك ضمان التسليم على المالك يستحق ضمان المقاسمة ايضاً والقرض تبرع من وجه ومن وجه هو عقد الضمان حتى كان المستقرض مضموناً بالمثل فلا يبعد أن يتعلق به ضمان المقاسمة وشرط القبض هناك ليس بمنصوص ليراعى وجوده على أكمل الجهات * ثم لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه بعقد الضمان لا يشترط فيه القسمة وذلك اعتبار صحيح فيما له سببان وحديث الكبة فانما قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجه المبالغة فى النهى عن الغلول اى لا أملك الا نصيبي فكيف أطيب لك هذه الكبة من الغنيمة ألا ترى أنه ليس لواحد من الغانمين أن يهب نصيبه قبل القسمة لانه لا يدري أين يقع نصيبه أو كان ذلك مما لا يحتمل القسمة فالكبة من الشعر اذا قسمت على جند عظيم لا يصيب كل واحد منهم ما ينتفع به وحديث المسجد فذكر الواقدى ان أبا بكر رضى الله عنه هو الذى اشترى موضع المسجد باثنى عشر ديناراً ولئن ثبتت الهبة فيحتمل أن أسعد رضى الله عنه وهب نصيبه ولم يسلم حتى وهب الرجلان نصيبهما ثم سلموا جملة. وعندنا هذا يجوز فان المؤثر الشيوع عند القبض لا عند العقد حتى لو وهب الكل وسلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف ثم النصف وسلم الكل جاز . قال (ولو وهب أحد الشريكين نصيبه من شريكه مشاعا فيما يحتمل القسمة لا يجوز عندنا ايضاً) وقال ابن أبى ليلى يجوز لقوله تعالى فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح فهذا يقتضي أن الصداق اذا كان عينا يتنصف بالطلاق فان المرأة تندب الى أن تترك الكل للزوج والزوج يندب الى أن يسلم الكل اليها وذلك من كل واحد منهما هبة فى المشاع (وعن) أبى السباع مولى عطاء قال أقرضت ابن عمر رضى الله عنهما خمسمائة درهم فقضانى في كيس فوجدته يزيد على حقى ثمانين فقلت فى نفسى لعله جربنى بهذا فأتيته واخبرته بذلك فقال هو لك فهذا كان منه هبة للمشاع فى تلك الزيادة من الشريك ولان المانع استحقاق ضمان المقاسمة وذلك لا يجوز فى الهبة من الشريك. وحجتنا فى ذلك ما بينا أن اشتراط القسمة فى الهبة فيما يحتمل القسمة كاشتراط القبض وفى ذلك يستوى الهبة من الشريك ومن الاجنبي فكذلك في القسمة وهذا لان القبض في الهبة لا يتم فى الجزء الشائع فقبض الشريك لا يتم اعتبار مالاقاه في الهبة وانما يتم به وبغيره وهو ما كان مملوكا

له وما يشترط لاتمام العقد فانما يعتبر ثانيا فيما تناوله العقد دون غيره فأما الاستدلال بالآية قلنا العفو حقيقته اسقاط وذلك في الدين دون العين ثم في العين كل واحد منهما مندوب الى العفو عندنا ولكن بطريقة وذلك في أن يهب نصيبه من صاحبه بعد القسمة وليس في الآية ما يمنع ذلك وهو تأويل حديث ابن عمر رضي الله عنهما فمن وجد ما يستوفى أكثر من حقه يميز له الفضل ويأتى به ليرده فيحتمل انه فعل ذلك فوهبه له ابن عمر رضى الله عنهما وعندنا هذا يجوز. قال (ولو وهب داراً لرجلين وسلمها اليهما فالهبة لا تجوز في قول أبى حنيفة رضى الله عنه وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز) لان العقد والتسليم لاقى مقسوماً فانه حصل فى الدار جملة فيجوز كما لو وهبها لرجل واحد وهذا لان تمكن الشيوع باعتبار تفرق المالك والملك هنا حكم الهبة وحكم الشئ يعقبه فالشيوع الذى ينبنى علي ملك يقع للموهوب لهما لا يكون مقترنا بالعقد ولا تأثير للشيوع الطارئ فى الهبة كما لو رجع الواهب بالنصف ولان المعنى استحقاق ضمان المقاسمة على المتبرع وذلك لا يوجد هنا فالعين تخرج من ملك المتبرع جملة وانما ضمان المقاسمة بين الموهوب لهما باعتبار تفرق ملكهما ولان تأثير الشيوع فى الرهن أكثر منه في الهبة حتي لا يجوز الرهن فى مشاع لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة أولى وكذلك الاجارة عند أبى حنيفة رضى الله عنه لا تصح مع الشيوع * ثم اذا أجر داره من رجلين يجوز فكذلك الهبة وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول قبض كل واحد منهما لاقى جزأ شائعا وذلك غير موجب للملك فيما يحتمل القسمة بحكم الهبة كما لو وهب النصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وهذا لان تأثير الشيوع باعتبار أن القبض لا يتم معه وذلك موجود هنا فكل واحد منهما لا يقبض الا نصيبه ولا يتم قبضه مع الشيوع والدليل عليه أن المانع تمكن الشيوع فى الملك المستفاد بعقد الهبة حتى لو وهب من رجل النصف ثم النصف وسلم الكل جملة يجوز لانه لا شيوع في الملك المستفاد بالهبة * ولو وهب رجلان من واحد يجوز مع وجود الشيوع في الواهبين لانه لا شيوع في الملك المستفاد بالهبة وان وهب أحدهما نصيبه من زيد والآخر نصيبه من عمرو لا يجوز لتمكن الشيوع فى الملك المستفاد بالهبة فثبت أن المانع هذا وهو موجود في الهبة من رجلين. والدليل علي أن المعتبر جانب المتملك دون المملك حكم الشفعة فان رجلين لو اشتريا داراً من واحد لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين بالشفعة لتفرق الملك

فى جانب المتملك فظهر بهذا أن المعتبر جانب المتملك لا جانب المملك . ولا اعتماد عن انتفاء ضمان المقاسمة عن الواهب فان رجلين لو وهبا من رجلين على أن يكون نصيب احدهما لاحدهما بعينه ونصيب الآخر للآخر لايجوز وليس على الواهبين ضمان المقاسمة وليس هذا كالرهن لان المانع هناك تمكن الشيوع فى المحل فان موجب الرهن الحبس والحبس فى الجزء الشائع لا يتأتى وفى الرهن من رجلين لا شيوع في الحبس لان الحبس ثبت لكل واحد منهما فى الكل حتى لو قضى دين أحدهما لا يكون له ان يسترد شيئاً من الرهن مالم يقبض دين الآخر وهذا لانه لا مضايقة فى الحبس فكما لا يجوز أن يكون الشخص الواحد كله محبوسا بدين زيد وكله محبوسا بدين عمرو فكذلك العين الواحدة وهنا موجب العقد الملك ولا يتأتى اثباته بكماله لكل واحد منهما فعرفنا ان كل واحد منهما يتملك جزأ شائعا وهذا بخلاف الاجارة فالمانع هناك تعذر استيفاء المنفعة التى تناولها العقد من الجزء الشائع وذلك لا يوجد في الاجارة من الرجلين أو المانع استحقاق عود المستأجر الى يد المؤجر فى مدة الاجارة بحكم المهايأة وذلك لا يوجد وفى الاجارة من الرجلين ولهذا جازت اجارة أحد الشريكين من شريكه بخلاف الهبة ثم قال فى الاصل وكذلك فى الصدقة وهذا يدل على انه اذا تصدق بما يقسم على رجلين انه لا يجوز عند أبى حنيفة رضى الله عنه كالهبة . وفي الجامع الصغير قال لو تصدق بعشرة دراهم على فقيرين يجوز قال الحاكم رحمه الله يحتمل أن يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة على الغنيين فيكون ذلك بمنزلة الهبة لان فعل الهبة من الفقير صدقة والصدقة على الغنى تكون هبة . والاظهر أن فى المسئلة روايتين . وجه رواية الاصل ما بينا ان تمام الصدقة بالقبض كالهبة وقبض كل واحد منهما يلاقى جزأ شائعا فلا يتم به الصدقة كما لا تتم به الهبة وجه الرواية الاخرى أن المتصدق يجعل ماله لله تعالى خالصا ولا يملكه الفقير من جهة نفسه وانما يملكه الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى بعد ما تمت الصدقة من جهته واذا تصدق على رجلين فلا شيوع فى الصدقة لانه جعل جميع العين لله سبحانه وتعالى خالصا بخلاف الهبة ألا ترى ان الجهالة في المصروف اليه لا تمنع صحة الصدقة حتى اذا أوصى بثلث ماله صدقة على الفقراء يجوز بخلاف ما لو أوصي به لقوم لا يحصون من الاغنياء وكذلك اذا أوصى بعين للفقراء أو لفلان ونصفه لفلان واعتبر للفقراء سهم واحد باعتبار ان الصدقة لله تعالى لا للفقراء . قال (وان وهب رجل دارا لرجلين لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها وقبضاها لم يجز فى قول أبى

حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ويجوز عند محمد رحمه الله) وهذا على أصل أبي حنيفة لا يشكل فانه عند الاطلاق لايجوزهذا الاطلاق فعند التفصيل أولى وانما الخلاف بينهما لو قال على أن يكون النصف لهذا والنصف لهذا يجوز عندهما ذكره ابن سماعة فى نوادره فأبو يوسف رحمه الله يقول حالة التفصيل متى كانت لا تخالف حالة الاجمال فالتفصيل لغو ومتى كانت تخالف حالة الاجمال فلا بد من اعتبار التفصيل لان كلام العاقل معتبر لفائدته لالعينه فاذا لم يكن مفيداً لا يعتبر واذا نصف بينهما فالتفصيل لا يخالف الاجمال لان موجب العقد عند الاجمال أن يملك كل واحد منهما النصف فلا يعتبر تفصيله واذا تفاوت بينهما فالتفصيل يخالف الاجمال فيجب اعتباره فاذا اعتبر بتفرق العقدفكأنه أوجب لكل واحد منهما العقد فى جزء شائع على حدة وقاس الرهن فانه لو رهن من رجلين مطلقاً يجوز واذا فصل لا يجوز لان بالتفصيل يتفرق العقد الا ان هناك يستوى ان فصل أو سوى في التفصيل لمخالفة حالة التفصيل حالة الاجمال فى الوجهين فان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت ومحمد رحمه الله يقول العقد والتسليم من الواهب جملة وان فصل وفصل يجوز اذا اطلق أو سوى فى التفصيل . وهذا لوجهين (احدهما) أن الاطلاق فى الهبة كالتفصيل حتى لو وهب لرجلين عيناً لا تحتمل القسمة فقبل أحدهما دون الاخر لا يجوز كما لو فرق العقد (والثانى) أن العقد متى كان جملة عند الاطلاق فبالتفصيل لا يتفرق فى عقود التمليكات كما في البيع فان رجلا لو باع ثوبين من رجل بعشرين درهما فقبل المشترى العقد فى احدهما لايجوز ولو قبل فيهما ثم نقد الثمن فى احدهما لا يكون له أن يقبض مانقد ثمنه وكذلك لو فصل وسمى لكل واحد منهما ثمنه . فعرفنا أن بالتفصيل لا يتفرق العقد فالشيوع باعتباره لا يفرق العقد وانما يكون طارئا بعد ملك الموهوب لهما وذلك غير مؤثر في المنع من الهبة فاما في الرهن فالمانع تمكن الشيوع فى المحل فيما هو موجب العقد وهو الحبس وذلك يتحقق عند التفصيل وان كانت الصفقة واحدة ألا ترى أنه لو وهبه عينا بدينين نصفه بأحد الدينين ونصفه بالدين الآخر لا يجوز وقد بينا ان في الهبة عند اتحاد العقد لا يمنع صحته لتمكن الشيوع فيما هو موجب العقد وهو الملك المستفاد لكل واحد منهما . قال(ولو وهب أحد الشريكين نصيبه من الدار من أجنبي لم يجز) لان الايجاب والتسليم لاقى جزأ شائعاً وانما

أورد هذا الاشكال وهو ان ضمان المقاسمة هنالك لا يستحق على المتبرع انما يستحق على الشريك ولكن قد بينا أن هذا المعنى لا يتمشى فى جميع الفصول كالهبة من الشريك ويجوز ذلك وان الحرف الذى يتمشي ان القبض لا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة . قال (وان وهب رجل لرجلين الف درهم لاحدهما ستمائة وللآخر اربعمائة فذلك لا يجوز عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله ويجوز عند محمد رحمه الله) وهذا وما تقدم من هبة الدار اذا فصل وأصل سواء . قال (رجل وهب لرجل ديناراً له على رجل وامرأة يقبضه جاز ذلك استحسانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الدين ليس بمال حتى ان من حلف لا مال له وله دين على انسان لا يحنث فى يمينه والهبة عقد مشروع لتمليك المال فاذا اضيف الى ما ليس بمال لا يصح باعتبار مآله كما لو وهب مسلم خمراً من مسلم لا يصح باعتبار مآله وهو التحلل والدليل عليه أن بيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لانه عقد مشروع لتمليك المال فالهبة مثله أو أولى لان الهبة لا تتم الا بالقبض وقبض ما فى ذمة الغير لا يتصور ولا وجه لتصحيحه اذا قبضه لان تمام عقد الهبة بقبض ما أضيف اليه العقد الى الدين والمقبوض عين والعين غير الدين . ووجه الاستحسان انه أنابه فى القبض مناب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب ولو قبضه بنفسه ثم وهبه وسلمه جاز وكذلك اذا أمر أن يقبضه له ثم لنفسه وهذا لان فى باب الهبة المعتبر وقت القبض فان الملك عنده يثبت . دليل ما بينا من فصل الشيوع وعند القبض هو مال قابل للتمليك كسائر الاسباب فكذلك بالهبة والمقبوض وان كان غير الدين حقيقة جعل فى الحكم كأنه هو بدليل جواز القبض فى الصرف والسلم مع حرمة الاستبدال فيهما وليس البيع نظير الهبة فانه يوجب الملك بنفسه قبل القبض فكان المعتبر فيه وقت العقد فاذا لم يكن عين مال لم يجز بيعه مع ان الدين فى الذمة يقبل التمليك بالعقد فانه لو باعه ممن عليه الدين بعوض جاز ولو وهبه منه جاز فعرفنا أنه مال قابل للتمليك حكماً ولهذا تجب الزكاة فيه قبل القبض والشرط في عقد التمليك أن يضاف الي محل قابل له وقد وجد تم لزومه قبل القبض وعند القبض بحكم الهبة هو عين فيتم العقد . قال (رجل رهن عبده من رجل وسلمه اليه ثم وهبه لابنه الصغير لم يجز) لانه ليس في يده فاليد بعقد الرهن مستحقة عليه للمرتهن فلا يكون الاب قابضاً لولده ما ليس فى يده ولانه يبطل به حق المرتهن وهو حق مستحق عليه فلا يملك ابطاله وكذلك لو غصب عبده غاصب فوهبه

لابنه لانه ليس فى يد المغصوب منه حقيقة ولا حكماً فانه مضمون على الغاصب وانما يضمن بتفويت يد المغصوب منه بخلاف الوديعة اذا وهبها من أبيه لان يد المودع فى الحكم كيد المودع فيمكن أن يجعل قابضاً لولده باليد التى هى قائمة مقام يده ﴿فان قيل﴾ فقد قلتم اذا وهب الوديعة من المودع جاز ولو كانت يده كيد المودع لم يكن قابضاً لنفسه بحكم يده ﴿ قلنا ﴾ فى الحقيقة اليد للمودع فباعتبار هذه الحقيقة يجعله قابضاً لنفسه ثم انما قامت يده مقام يد المودع ما دام هو فى الحفظ عاملا للمودع وذلك قبل التمليك بالهبة فأما بعد ذلك فهو عامل لنفسه * ولو باعه بيعاً فاسداً وسلمه أو باعه بشرط الخيار للمشترى ثم وهبه لابنه الصغير لا يجوز لانه خرج من ملكه بتصرفاته فانما وهب ما لا يملك ولان اليد لغيره حقيقة وحكماً حين كان فى ضمان الغير . قال (ولا يجوز هبة المكاتب كما لا يجوز عتقه) لانه تبرع محض ولو اجازه المولى فكذلك لان اجازة المولى إنما يعمل فيها يملك المولى أنشاءه وهو لا يملك ذلك في كسب المكاتب . قال(رجل وهب لرجل ما على ظهر غنمه من الصوف أوما في ضروع غنمه من اللبن لم يجز ذلك) لان الصوف واللبن ما دام متصلا بالحيوان فهو ليس بمال مقصود بنفسه ولكنه وصف الحيوان وعقد التمليك مقصوداً لا يتم فيما ليس بمال مقصود فان أمره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض ذلك استحسنت أن أجيزه وهذا لوجهين (احداهما) أن الصوف على ظهر الغنم واللبن فى الضرع محل للتمليك بدليل جواز الوصية به وجواز الصلح عليه عند أبى يوسف رحمه الله فى الصوف وتمام عقد الهبة بالقبض فاذا كان قبضه بعد الجزاز وهو مال متقوم في هذه الحال يتم فيه الهبة كما بينا فى الدين (والثانى) أن امتناع جواز الهبة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع امكان الفصل فيكون ذلك بمنزلة الشائع وقد بينا أنه لو وهب شيئا مشاعا ثم قسم وسلم مقسوما تمت الهبة فهذا مثله وكذلك ثمر الشجرة والزرع اذا حصده فهو على القياس والاستحسان الذى ذكرنا . قال (ولا يجوز هبة العبد المأذون)لانه منفك الحجر عنه فى التجارات دون التبرعات فان اجازه مولاه ولا دين عليه جاز لان كسبه خالص حقه يملك مباشرة الهبة فيه فينفذ باجازته ايضا وان كان عليه دين لم يجز ذلك وان اجازه المولى والغرماء لان حق الغرماء فى دينهم لا يسقط باجازة الهبة فلا معتبر باجازتهم والمولى لا يملك مباشرة الهبة بنفسه فلا تعمل اجازته ايضاً . قال(ولو وهب له ما يثمر النخيل العام لم يجز)لانه معدوم فى الحال والمعدوم ليس بشىء

بنفوذ العتق وفي الهبة لو استثنى مافي البطن قصدا لم تبطل الهبة فكذلك اذا صار مستثنى حكما وذكر في كتاب العتاق انه لو دبر ما في بطن جاريته ثم وهب الجارية لم يجز ٠ وقيل في الفصلين روايتان. في احدى الروايتين لا يجوز فيهما لان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فهو كما لو وهب داراً فيها متاع الواهب. وفي الرواية الاخرى يجوز فيهما لانه لو استثنى الولد قصداً لم تبطل به الهبة في الام فكذلك اذا صار مستثنى حكماً والأصح هو الفرق بينهما فان التدبير لا يزيل ملك المدبر ٠ والموهوب متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فكان ذلك في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فأما العتق فانه يزيل ملك المعتق فاذا وهب الأم بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فهو كما لو وهب أرضاً فيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له تمت الهبة فكذلك هنا. قال(ولا يجوز للأب ان يهب من ماله ابنه الصغير شيئاً)لانه صار نائباً عن الصغير في التصرف في ماله لتوفير المنفعة عليه وذلك بالتبرع لا يحصل فهو كسائر الاجانب كما لو طلق امرأته. قال(عبد مأذون عليه دين كثير وهبه مولاه لرجل لم تجز هبته والدين في رقبته يباع فيه الا أن يؤدى عند مولاه الذى في يده) ومعنى قوله لم يجز ان الهبة لا تتم وللغرماء أن يبطلوا هبته لان المولى مالك لرقبته ولكن حق الغرماء سابق على حقه في ماليته وفي اتمام الهبة ابطال هذا الحق عليهم ولكن ليس في أصل التمليك إبطال حقهم فيصير مملوكا للموهوب له مشغولا عن الغرماء على الوجه الذى كان في ملك الواهب لانه اقامه مقام نفسه في ملك الرقبة وله هذه الولاية فيما هو خالص حقه ولهذا لو قضي الموهوب له دينه كان سالما له لان تمكن الغرماء من إبطال ملكه لقيام دينهم وقد وصل الى الغريم حقه قال(فان ذهب الموهوب له بالعبد ولم يقدر عليه فللغرماء أن يأخذوا الواهب بقيمته يوم وهب) لانه هو الذى اتلف حقهم بالتمليك من الموهوب له والتسليم فيصير ضامناً قيمته لهم كما لو اعتقه. قال (ولو وهب له ما في بطن أمته وسلطه على قبضه بعد الوضع فقبضه لم يجز)وقد بينا الفرق بين هذا وبين هبة الدين والصوف على ظهر الغنم* وفي الكتاب قال من قبل انه وهب له ما لم يكن بعد فانه وهب له الولد وقبل الانفصال لا يكون ولدا ألا ترى انه لو وهب له دهن سمسم قبل أن يعتصر وسلطه على قبضه اذا عصر أو وهب الزيت في الزيتون والدقيق في الحنطة قبل الطحن والسمن في اللبن قبل ان يتمخض فهذا كله باطل لانه هبة

واضافة عقد التمليك الى غير محله لغو ﴿ فان قيل ﴾ لا كذلك فالوصية بما يثمر نخيله العام صحيح ﴿ قلنا ﴾ الوصية ليست بعقد تمليك مال وانما شرعت للخلافة عن الموصى ثم الملك من ثمراته ولهذا لا يتوقف ثبوت الملك فيه على القبض وهنا انعقد عقد التمليك فلا بد من اضافته الى ما هو مملوك ليعتبروا الملك لا يسبق الوجود وبه فارق ما سبق من الصوف واللبن فانه موجود مملوك وان كان متصلا بالحيوان فانما يمتنع جواز بيعه لتمكن المنازعة بينهما عند التسليم وذلك لا يوجد فى الهبة * ثم الجزاز والحلب والقبض فى اللبن فى وسعه فيمكن أن يجعل فيه نائباً عن الواهب ثم قابضا لنفسه بعد ذلك فأما الايجاب فى الثمار ليس اليه . قال (وكذلك لو وهب له ما فى بطن جاريته وهى حبلى أو ما فى بطن غنمه فهو باطل) من اصحابنا رحمهم الله من يقول ان أمره بقبضه بعد الولادة فقبض ينبغى ان يجوز استحسانا كما فى الصوف واللبن والاصح أنه لا يجوز لان ما فى البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة ولان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل فى ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز فى الصوف والحلب فى اللبن . ومعنى هذا الفرق ان فيما ليس فى وسعه لو جاز العقد باعتباره كان تعليقا للهبة بالخطر وذلك غير جائز وما فى وسعه يكون تأخيرا لملكه الى قبضه لا تعليقا للهبة بالخطر وذلك جائز . قال (ولو اعتق ما فى بطن جاريته ثم وهبها لرجل وسلمها اليه جازت الهبة في الام فان باعها لم يجز بيعه) لانه لو باع جاريته واستثنى ما في بطنها لم يجز البيع ولو وهبها واستثنى ما فى بطنها جازت الهبة فى الأم والولد والاستثناء باطل * أما مسئلة استثناء ما فى البطن تنقسم الى ثلاثة أقسام (قسم منها) لا يجوز أصل التصرف وهو البيع والاجارة والرهن لان موجب اضافة العقد الى الأمر دخول الولد فيه واستثناء موجب العقد فى هذه العقود مبطل للعقد لانه شرط فاسد وما يتعلق بالجائز من الشرط فالشرط الفاسد يبطله (وقسم منها) يجوز التصرف ويبطل الشرط وهو النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة لان الشرط الفاسد لا يبطل هذه العقود بل العقد صحيح والشرط باطل والاصل فيه ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أجاز العمرى وأبطل الرقبي (وقسم) يجوز التصرف والاستثناء جميعا وهو الوصية لان فى حكم الوصية ما فى البطن كانه شخص على حدة حتى يجوز افراده بالوصية فيجوز استثناؤه أيضا لانه غير مبنى على السراية بخلاف العتق * فاذا عرفنا هذا فنقول فى البيع لو استثنى ما في البطن قصدا لم يجز البيع فكذلك اذا صار مستثنى حكما

المعدوم فان الدهن حادث بالعصير والدقيق بالطحن ولهذا لو فعله الغاصب كان مملوكا له وهذا لانه قبل الطحن فى الحنطة والدقيق غير الحنطة وكون الشيء الواحد مثنى في وقت واحد مستحيل فعرفنا أنه أضاف العقد الى المعدوم وكان لغواً . بخلاف الوصية فان هذا كله يجوز فى الوصية لانه خلافه وليس بايجاب للملك * ثم قال فى بعض النسخ وكذلك اللبن فى ضرع الشاة والصوف على ظهرها وهذا غلط فقد قيل هذا فى الصوف واللبن اذا أذن له فى الحلب والجز وقبض ذلك جاز استحسانا وبما بينا يظهر الفرق بينهما . قال (واذا وهب الرجل للرجل نصف عبد أو ثلثه وسلمه جاز) لانه مما لا يقسم وقد بينا ان هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة صحيحة فاذا وهب جزأ مسمى وسلمه بالتخلية جاز وهذا لان الحاجة تمس الى ايجاب التبرع فيما لا يحتمل القسمة فلو لم يجز ذلك ضاق الامر على الناس لابطال هذا النوع من التصرف عليهم فيما لا يحتمل القسمة أصلا بخلاف ما يحتمل القسمة فانه يتأخر فيه التصرف الى القسمة ولا يبطل أصلا فلا يتحقق فيه الضرورة . قال (وان وهب عبده لرجلين أو وهب رجلان لرجل أو وهب أحدهما نصيبه لشريكه أو لاجنبي وسلمه فهو جائز كله) لان الموهوب معلوم ولا أثر فى الشيوع فى المنع من الهبة في هذا المحل * وان قال أحد الشريكين لرجل قد وهبت لك نصيبي من هذا العبد فاقبضه ولم يسمه له ولم يعلمه اياه لم يجز لجهالة الموهوب وهذه الجهالة تفضى الى المنازعة بينه وبين الشريك الآخر ولان المجهول لا يجوز تمليكه بشيء من العقود قصداً قال (ولو وهب رجل لرجلين نصف عبدين أو نصف ثوبين مختلفين أو نصف عشرة أثواب مختلفة نمطى ومروى وهروى ونحو ذلك جاز) لان مثل هذه الثياب لا تقسم قسمة واحدة فكان واهباً لنصيبه من نصف كل ثوب وكل ثوب ليس بمحتمل للقسمة في نفسه وكذلك الدواب المختلفة علي هذا فان كان ذلك من نوع واحد لم تجز هبته الا مقسوماً لان الثياب اذا كانت من نوع واحد تقسم قسمة واحدة والدواب كذلك فانما وهب النصف مشاعا فيما يحتمل القسمة وذلك لا يجوز . قال (وان وهب نصيباً له فى حائط أو طريق أو حمام وسمى وسلطه فهو جائز) لانه غير محتمل للقسمة فانه اذا قسم لا يمكن الانتفاع به على الوجه الذى ينتفع به قبل القسمة وهذا هو صفة ما لا يحتمل القسمة . قال (ولو وهب نصف داره لرجل وسلمها اليه ثم وهب نصفها الآخر لرجل لم يجز شيء من ذلك) لان كل واحد من العقدين لو تم انما تم فى مشاع يحتمل القسمة وان لم

يسلم النصف الاول حتى وهب النصف الثانى للثانى ثم سلم الدار اليهما جازت الهبة لهما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله بمنزلة مالو وهب الدار لهما جملة (وان وهب لرجل نصفها ثم قسمها ودفع النصف اليه جاز) لان المعتبر عند القبض ولا شيوع عند ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

باب العوض فى الهبة

قال (واذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضا وقبضه الواهب لم يكن للواهب ان يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في عوضه) والحاصل ان العوض في الهبة نوعان متعارف ومشروط فبدأ الباب ببيان ما هو متعارف من العوض غير مشروط والاصل أن المعوض بمنزلة الواهب حتى يشترط فى العوض ما يشترط فى ابتداء الهبة فلا يحصل الملك للواهب الا بالقبض بعد القسمة لان المعوض متبرع مختار فى هذا التمليك كالواهب وبعد وصول العوض الى الواهب لارجوع له فى الهبة لقوله صلى الله عليه وسلم مالم يثب منها وحكم ما بعد الغاية بخلاف ما قبله ولان حق الرجوع له فى الهبة كان لخلل فى مقصوده وقد انعدم ذلك لوصول العوض اليه فهو كالمشتري يجد بالمبيع عيباً فيزول العيب قبل ان يرده ولا يرجع المعوض في عوضه أيضاً لان مقصوده بالتعويض اسقاط حق الواهب فى الرجوع وقد نال هذا المقصود ولانه مجازى فى التعويض وبقاء جزء الشيء بقاء أصله فاذا كان الموهوب سالماً له فينبغى أن يكون الجزء سالماً لصاحبه أيضاً . قال (وان وهب عبداً لرجلين فعوضه أحدهما من حصته كان له أن يرجع فى حصة الآخر) لانه لم يصل اليه العوض عن حصة الآخر والجزء معتبر بالكل والرجوع فى النصف شائعاً صحيح بخلاف ابتداء الهبة لان الراجع ليس يتملك بالرجوع بل يعيده الى قديم ملكه والشيوع من ذلك لايمنع وبالرجوع في النصف لاتبطل الهبة فيما بقى لانه شيوع طرأ بعد تمام الهبة فلا يكون مؤثراً فيه فان ماتم القبض معتبر بأصل العقد وعود الموهوب الى يد الواهب لايمنع بقاء الهبة فالشيوع كذلك فان عوضه أحدهما عن نفسه وعن صاحبه لم يكن للواهب أن يرجع فى شيء من العبد لانه في نصيب صاحبه أجنبي والتعويض من الاجنبي صحيح وان كان بغير أمر الموهوب له لانه تصرف فى المعوض فى ملكه وانما يسقط به حق الواهب في الرجوع ومثل هذا التصرف يصح من الاجنبي كصلح الاجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال

نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون فهذا مثله ولا يكون للمعوض أن يرجع فى شيء
من العوض لان مقصوده قد حصل حتى سقط حق الواهب عن الرجوع فى الكل ولا
يرجع على صاحبه أيضاً بشيء سواء عوضه بأمره أو بغير أمره وكذلك لو عوضه أجنبي
عن الهبة شيئاً أما اذا كان بغير أمره فلا يشكل وان كان بأمره فالتعويض لم يكن مستحقا
على الموهوب له فانما أمره بأن يتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يثبت له حق الرجوع
عليه من غير ضمان ولانه مالك للتعويض بدون أمره فلا معتبر بأمره فيه وهذا بخلاف
الدين فانه اذا كان أمر انسانا بقضاء دينه يرجع عليه بما أدى لان الدين كان معلوماً
فى ذمته وهو كان مطالباً به فقد أمره أن يسقط عنه المطالبة بمال يستحق عليه وأمره أن
يملكه ما في ذمته بعوض ولو أمره أن يملكه عينا بعوض رجع عليه بما أدّى فيه من ملك
نفسه فهذا مثله وهنا لم يكن للواهب فى ذمة الموهوب له ملك فالمعوض غير مملوك منه ولا
هو مسقط عنه مطالبة مستحقة لانه ما كان يستحق عليه العوض انما كان للواهب حق
الرجوع فقط والموهوب له كان متمكنا من اسقاط حقه بدون التعويض بان يتصرف فيه
فلهذا لا يرجع عليه المعوض بأمره اذا لم يضمن له ألا ترى أنه فيما هو فوق هذا لا يرجع بالامر
بدون الشرط نحو ما اذا قال كفر يميني من طعامك أو أد زكاة مالى بمالك فهذا أولى . قال
(اذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضاً فقال هذا عوض من هبتك أو ثواب
من هبتك أو بدلها أو مكانها فهذا كله عوض) لان الشرط فى التعويض أن يضيف الى
الموهوب ليندفع به الغرر عن الواهب ويعلم الواهب أنه يعطيه جزاء صنعه واتماماً لمقصوده
وقد حصل ذلك بهذه الالفاظ فانما ينبنى الحكم على ماهو المقصود فاذا حصل ذلك فالعبارات
فيه سواء فان استحقت الهبة كان للمعوض أن يرجع فى عوضه لانه انما عوضه ليتم سلامة
الموهوب له باسقاط حق الواهب في الرجوع وقد فات ذلك عليه باستحقاق الموهوب فيتمكن
من الرجوع فى العوض أو لان المعوض كالواهب فاذا استحق الموهوب فلم يبق له بمقابلة هبته
شيء فكان له أن يرجع بالهبة وان كان المعوض هالكا ضمنه قيمته وروى بشر عن أبى يوسف
رحمهما الله أنه لا يضمنه شيئاً لان المعوض واهب وقبض الهبة ليس بقبض ضمان ولانه تبين
أنه بمنزلة الواهب ابتداء فيكون حقه في الرجوع مقصوراً على العين لحق الواهب ابتداء .
وجه ظاهر الرواية أن المعوض انما رضي بالتعويض ليتم له به سلامة الهبة فاذا استحق فقد

تمكن الخلل في رضاه فيجعل كما لو قبض الواهب بغير رضاه وهلك فى يده فعليه ضمان القيمة ولان الواهب عاد له فى هبـة المستحق ولولا ذلك ما عوضه وللمغرور أن يدفع الغرر عن نفسه بالرجوع علي الغار بما لحقه من الخسران . يوضحه أن التعويض لا يكون الا مضافاً الى الهبة والتمليك مضافا الى بدل مستحق يكون فاسداً فتبين أن الواهب قبضه لنفسه بسبب فاسد وكان مستحق الرد عليه عند قيامه مضموناً بالقيمة بعد هلاكه وان استحق العوض كان للواهب أن يرجع في هبته اذا كانت قائمة بعينها لم تزدد خيراً لان التعويض بطل بالاستحقاق من الاصل فظهر الحكم الذى كان قبل التعويض . قال (وان استحق نصف الهبة كان للمعوض أن يرجع فى نصف العوض اعتباراً للجزء بالكل وان استحق نصف العوض فليس للواهب أن يرجع في شيء من الهبة الا ان يشاء أن يرد مابقى من العوض ويرجع فى الهبة فيكون له ذلك) وقال زفر اذا استحق نصف العوض فله أن يرجع فى نصف الهبة اعتباراً للجزء بالكل واعتباراً للعوض بالهبة فانه لو استحق نصف الهبة كان له أن يرجع فى نصف العوض فكذلك اذا استحق نصف العوض وهذا لان كل واحد منهما يصير مقابلا بالآخر فى حكم سلامته لصاحبه فهو كبيع العوض بالعوض اذا استحق نصف احدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بنصف مايقابله . وجه قولنا ان المستحق يخرج من أن يكون عوضاً فيصير كأن لم يكن ولو كان عوضه في الابتداء نصف العبد لم يرجع فى شيء من الهبة فكذلك هنا وهذا لان مابقى يصلح أن يكون عوضاً عن الكل وانما تمكن الخلل في رضاء الواهب فكان تأثيره فى اثبات الخيار له فان شاء رد ما بقى ليدفع الضرر به عن نفسه وان شاء أمسك مابقى ولم يرجع بشيء (فان قيل) فى الابتداء يجعل تمليك النصف عوضا له عن جميع الهبة فأما فى الاستحقاق فهو قد يجعل تمليك الكل عوضا عن جميع الهبة فيكون ذلك تنصيصا منه على أن النصف عوض نصف الهبة فلا يجوز أن يجعل بالاستحقاق النصف عوضا عن الجميع (قلنا) هذا مستقيم في المبادلات لان البعض ينقسم على البعض لتحقق المقابلة وهذا ليس بمبادلة على سبيل المقابلة فلا يثبت هذا التقسيم فى حقه ولكن كل جزء من آخر العوض يكون عوضا عن جميع الهبة فلا يكون له أن يرجع في شيء من الهبة مع سلامة جزء العوض له ثم الفرق بين استحقاق نصف العوض ونصف الهبة بهذا الحرف وهو أن المعوض ملك العوض الا جزأ فيعتبر حكم المقابلة فى حقه فاذا استحق نصف الهبة من يده رجع بنصف العوض فأما الواهب

فقد ملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء ثم تأثير العوض فى اسقاط حقه في الرجوع والجزء من العوض في ذلك بمنزلة الكل اذا تم رضاه به * والحاصل ان للعوض شبهين شبه ابتداء الهبة من حيث ان العوض مختار فيه متبرع وشبه المبادلة له من حيث انه ملكه مضافا الى الهبة فتوفر حظه عليهما فنقول لشبهه بالمبادلات اذا استحق الكل رجع فى الهبة ولشبهه بابتداء الهبة اذا استحق النصف لايرجع في شئ من الهبة الا أن يرد مابقى. قال(وسواء كان العوض شيئاً قليلا أو كثيراً من جنس الهبة أو من غير جنسها) لان هذه ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا وانما تأثير العوض فى قطع الحق وفي الرجوع لتحصيل المقصود ولا فرق فى ذلك بين القليل والكثير اذا بينه للواهب ورضى الواهب به. قال (فان كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضاً وكان للواهب أن يرجع في الهبة وكذلك ان كانت الهبة داراً والعوض بيت منها) وعن زفر أن هذا يكون عوضاً لان ملك الموهوب له قد تم فى الموهوب بالقبض والتحق المقبوض بسائر أمواله فكما يصلح سائر أمواله عوضاً عن الهبة قل ذلك أو كثر فكذلك هذا . وجه قولنا ان مقصود الواهب بهذا لايحصل لانا نعلم يقيناً انه يهبه ألف درهم منه ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم لنفسه لان ذلك كان ـ ماله وسقوط حقه فى الرجوع باعتبار حصول مقصوده بالهبة ولانه انما يجوز أن يجعل عوضا بالتراضى فى الانتهاء ما يجوز ان يجعل عوضا شرطا فى الابتداء فكذلك لايستقيم أن يجعل عوضا فى الانتهاء بخلاف مال آخر من ملك الموهوب له. قال (ولو ان نصرانيا وهب للمسلم هبة فعوضه المسلم منها خمراً أو خنزيراً لم يكن ذلك عوضا)لما بينا أن هذا لا يصلح عوضا شرطا فى الابتداء ولان المعوض مملك ابتداء وتمليك المسلم الخمر أو الخنزير من النصرانى بالعقد باطل واذا بطل التعويض كان للنصرانى ان يرجع فى هبته . قال(عبد مأذون له فى التجارة وهب لرجل هبة فعوضه من هبته كان لكل واحد منهما ان يرجع فى الذى له)لان الهبة من العبد باطلة فانه غير منفك عنه الحجر بالتبرع وبالتعويض الهبة الباطلة لاتنقلب صحيحة وانما تأثير العوض في اسقاط حق الرجوع فى هبة صحيحة واذا رجع العبد في الهبة لبطلانها فللمعوض أن يرجع في العوض لانه عوضه ليسلم له الهبة ولم يسلم. قال (وكذلك والد الصغير اذا وهب من مال ابنه شيئاً لرجل فعوضه الموهوب له) لان هذا تعويض عن هبة باطلة. قال (فان كان الواهب هو الرجل فعوضه الاب من مال الصغير لم يجز

العوض) لانه ملك مال الصغير بالتبرع ابتداء وليس للاب ذلك في مال الولد وقد بينا أن المعوض كالواهب ابتداء واذا لم يسلم العوض للواهب فله أن يرجع في هبته كما قبل التعويض .
قال (واذا تصدق الموهوب له على الواهب بصدقة أو نحله او أعمره فقال هذا عوض من هبتك فهو عوض لان المقصود قد حصل ولا معتبر لاختلاف العبارة بعد حصول المقصود فبأي لفظ ملكه العوض أو أعلمه انه عوض من هبته فهو عوض قال (رجل وهب لرجل عبداً على أن يعوضه عوضا يوماً أو اتفقا على ذلك ولم يقبض واحد منهما حتى امتنع أحدهما منه فله ذلك فان تقابضاً جاز ذلك) بمنزلة البيع وليس لواحد منهما أن يرجع فيه وهذا مذهبنا فان الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء وقال زفر رحمه الله ابتداء وانتهاء بيع وفى أحد أقاويل الشافعى رضى الله عنه هو فاسد لان هذا شرط يخالف مقتضى العقد فيكون مبطلا للعقد . وبيانه أن عقد الهبة عقد تبرع واشتراط العوض فيه يخالف مقتضاه وزفر رحمه الله تعالى يقول هذا تمليك مال بمال شرطاً وكان بيعا فاسدا ابتداء كما لو عقد بلفظ البيع أو التمليك وهذا لان فى العقود يعتبر المقصود وعليه ينبنى الحكم . ألا ترى أنه لو قال اشتريت منك كراً من حنطة صفتها كذا بهذا الثوب وبين شرائط السلم يكون سلما وان لم يذكر لفظ السلم وانه لو وهب ابنته من رجل كان نكاحاً . ولو وهب امرأته من نفسها كان طلاقا . ولو وهب عبده من نفسه كان عتقاً . ولو وهب الدين ممن عليه كان ابراء فاللفظ واحد ثم اختلف العقد لاختلاف المقصود . والدليل عليه أنه لو قال وهبت منك منفعة هذه الدار شهراً بعشرة دراهم يكون اجارة يلزم بنفسه . وكذلك لو قال أعرتك والاعارة تمليك المنفعة بغير عوض فاذا شرط فيه البدل كان اجارة فكذلك الهبة تمليك الموهوب بغير عوض فاذا شرط العوض يكون بيعا والدليل عليه أن المكره على الهبة بشرط العوض لو باع كان مكرهاً وكذلك المكره على البيع والتسليم اذا وهب بشرط العوض ولو لم يكونا فى الحكم سواء لم يكن المكره على احدهما مكرها على الآخر . وحجتنا في ذلك أن هذا تمليك المال بلفظ يخالف ظاهره معناه فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه وانتهاؤه معتبراً بمعناه كالهبة في المرض فان ظاهره تمليك فى الحال بطريق التبرع ومعناه معنى الوصية فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض ولا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه معتبر بمعناه حتي يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعانى فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب

اعتبار المعنى الا اذا تعذر الجمع للمنافاة ولا منافاة هنا فشرط العوض لا يكون أبلغ من حقيقة التعويض وبحقيقة التعويض لا ينتفي معنى الهبة فبشرط العوض أولى بخلاف النكاح والطلاق والعتاق فان هناك بين اللفظ والمعنى منافاة وقد وجب اعتبار المعنى فيسقط اعتبار اللفظ لذلك ثم انعقاد العقد باللفظ والمقصود هو الحكم وأوانه بعد تمام العقد فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظ لان العقد به ينعقد وعند التمام اعتبر المقصود وما تردد بين أصلين توفر حظه عليهما فالمكاتب لما كان بمنزلة الحر من وجه وبمنزلة المملوك من وجه اعتبر الشبهان * فأما لفظ الاعارة أو الهبة في المنفعة فقد حكى عن ابن طاهر الدباس قال كنا في تدبر جواب هذه المسئلة فوجدت رواية عن أبي حنيفة أنه لا يلزم قبل استيفاء المنفعة وبعد التسليم يقول هناك يتعذر اعتبار الجانبين لان المنفعة لا تبقى وقتين فلا يمكن جعل العقد عليها تبرعا ابتداء معاوضة انتهاء فجعلناه معاوضة ابتداء بخلاف العين على ماقررناه . وأما مسئلة الاكراه قلنا المكره مضار متعنت ومعنى الاضرار في حكم السبب لا في نفسه فلهذا استوفي في حقه البيع والهبة بشرط العوض ولهذا جعل الاكراه على الهبة اكراها على التسليم وبعد التسليم البيع والهبة بشرط العوض سواء * اذا ثبت هذا الاصل فنقول قبل التقابض العقد تبرع فان لكل واحد منهما أن يرجع عنه ولا يملك كل واحد منهما متاع صاحبه مالم يقبضه ولا يجوز في مشاع يحتمل القسمة وبعد التقابض هو بمنزلة البيع فليس لواحد منهما أن يرجع فيه ويجب للشفيع به الشفعة ولكل واحد منهما أن يرد ما في يده بعيب ان وجد فيه كما هو الحكم في البيع وان استحق ما في يد احدهما يرجع على صاحبه بما في يده ان كان قائما وبقيمته ان كان هالكا لانه ما رضي بسقوط حقه عن متاعه الا بشرط سلامة العوض له فاذا لم يسلم رجع بمتاعه ان كان قائما وبمالية ان كان هالكا . وكذلك لو كان الاستحقاق بعد موت احدهما وهو معنى ماذكرنا من حديث أبي الدرداء رضي الله عنه فهو دين عليه في حياته وبعد موته . قال (رجل وهب لرجل ثوبا لغيره وسلمه اليه فأجاز رب الثوب جازت الهبة) لان الاجازة في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء من حيث انه يتم رضا المالك بها . ثم العاقد في الهبة يكون معبرا لا يتعلق به حقوق العقد والمجيز يكون كالمباشر لعقد الهبة فله أن يرجع فيها لا يعوضه الموهوب له أو يكون ذا رحم محرم منه * وان عوض الرجل الذي وهب له أو كان بينهما قرابة لم يمنع ذلك رب الثوب من الرجوع لان العاقد معتبر كالرسول فلا معتبر بحاله وانما

المعتبر حال المالك فاذا لم يكن بينهما قرابة عرفنا أن مقصوده العوض مالم ينل العوض كان له أن يرجع فيه. قال(رجل وهب لرجل خمسة دراهم وثوبا وقبض ذلك الموهوب له ثم عوضه الثوب أو الدراهم من جميع الهبة لم يكن ذلك عوضا لانها هبة واحدة) وقد بينا أن عقد الشيء في عقد واحد لايكون عوضاً ومعوضاً وقد علمنا ان هذا لم يكن مقصود الواهب فى الهبة . قال(وان كانا فى عقدين مختلفين في مجلس أو مجلسين فعوضه احداهما على الأخرى فهذا عوض نأخذفيه بالقياس) وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله انه لايكون عوضا لانانعلم أن الواهب لم يقصد هذا فقد كان مملوكا له فالعقد الواحد والعقدان فى هذا المعنى سواء وجه ظاهر الرواية أن اختلاف العقد كاختلاف العين ويستقيم جعل احدهما عوضا عن الآخر شرطاً عند اختلاف العقد فكذلك مقصوداً وقد يقصد الواهب هذا بأن يهب شيئاً ثم يحتاج اليه فيندم فيستقبح الرجوع فيه فيهب منه شيئاً آخر على أن يعوضه الاول فيحصل منه مقصوده ويندفع عنه مذمة الرجوع فى الهبة .أرأيت لو كان الاول منهما صدقة والآخر هبة فعوضه الصدقة عن الهبة أما كان ذلك عوضا* وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالي لو وهب نصف داره من رجل وتصدق عليه بنصفها وسلم الكل لم يجز فى قول زفر لان اختلاف السبب كتفرق العقد والتسليم فكأنه وهب النصف وسلم ثم النصف وقال أبو يوسف رحمه الله التسليم حصل جملة واحدة بعقد هو تبرع كله فيجوز كما لو وهب الكل وهذا لان الفرق بين الصدقة والهبة فى مقصود العوض ففى الصدقة المقصود الثواب دون العوض وفي الهبة المقصود العوض فأما فى اخراج العين عن ملكه وتمليك القابض بطريق التبرع لافرق بينهما . قال (وان وهب له حنطة فطحن بعضها وعوض دقيق تلك الحنطة كان جائزاً) لان الدقيق حادث بالطحن وهو غير الحنطة ولهذا يكون مملوكا للغاصب فكان تعويضه دقيق هذه الحنطة ودقيق حنطة أخرى سواء ولان حقه فى الرجوع قد انقطع بالطحن فتعويضه اياه لايكون رجوعاً فأما قبل الطحن حق الواهب في الرجوع ثابت والرد مستحق على الموهوب له اذارجع فيه الواهب فيقع فعله على الوجه المستحق وعلي هذا لو وهب له ثيابا فصبغ منها ثوبا بعصفر أوخاطه قيصا ثم عوضه أو كان وهب له سويقا فلت بعضه ثم عوضه لان حقه فى الرجوع قد انقطع بهذا الصنع والتحق هذا بسائر أموال الموهوب له فكما أنه لو عوضه مالا آخر كان ذلك عوضاً

فكذلك هذا المال . قال (واذا وهب للواهب شيئاً ولم يقل هذا عوض من هبتك فللواهب أن يرجع فى هبته) لانه لما لم يضف تمليكه الى هبته كان فعله هبة مبتدأة لاتعويضا فلكل واحد منهما أن يرجع فيه ولان سقوط حق الرجوع لحصول مقصود الواهب وانما يعلم ذلك اذا بين له أنه عوض ويرضى به فأما بدونه لايحصل المقصود *وان قال قد كافيتك هذا من هبتك أو جازيتك أو أثبتك كان عوضا) لان المقصود يحصل بهذه الالفاظ والغرور يندفع . قال (وان عوض من نصف الهبة شيئاً كان له أن يرجع فيما بقى اعتباراً للبعض بالكل) وهذا لان التعويض مما يحتمل التحرى فى الموهوب فاذا أضاف العوض الي بعض الهبة اقتصر حكمه عليه بخلاف الطلاق والنكاح فانه لايحتمل التحرى فى المحل ويجوز أن يثبت حق الرجوع في النصف دون النصف ابتداء كما لو وهب منه النصف وتصدق عليه بالنصف فلأن يجوز ذلك بقاء أولى . قال (وليس للواهب أن يرجع فى هبته عند غير قاض الا أن يرد عليه الموهوب له فيجوز) لما بينا أن الرجوع فى الهبة مختلف فيه بين العلماء رحمهم الله منهم من رأى ومنهم من أبى وفى أصله وهى فيكون الفصل بينهما فى القضاء والرضا لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع ملكه والملك مطلق له ذلك فلا بد من اعتبار قضاء القاضي بينهما . قال (ولو كانت الهبة عبدا فباعه الموهوب له أو أعتقه قبل ان يقضى به القاضى للواهب أجاز ماصنع الموهوب له فيه من ذلك) لان ملكه قائم مالم يقض القاضى عليه بالرجوع والملك في المحل منفذ للبيع فيه والعتق اذا صدر من أهله فى محله ينفذ ولا يجوز ذلك ان فعله بعد قضاء القاضى عليه بالرد قبل أن يرده لان بقضاء القاضى عاد العبد الى ملك الواهب وتصرف ذى اليد في ملك الغير لا يكون نافذا الا أن يجيز المالك . قال (وان مات فى يد الموهوب له قبل أن يقبضه الواهب بعد ما قضى القاضي له لم يكن للواهب ان يضمنه قيمته) لان أصل قبضه لم يكن موجبا ضمان المقبوض عليه واستدامة الشئ معتبر بأصله وكذلك منعه قبل قضاء القاضي منع بسبب ملكه فلا يكون موجبا للضمان عليه ولم يوجد بعد القضاء فى الموهوب سبب موجب للضمان عليه والضمان لايجب بدون السبب الا أن يكون منعه بعد القضاء وقد طلب منه الواهب فهذا المنع يتقرر بسبب الضمان وهو قصر يد المالك عن ملكه بازالة تمكنه من أخذه وهو حد الغصب الموجب للضمان . قال (فان كانت الهبة هالكة او مستهلكة أوخارجة من ملك الموهوب له الى ولده الصغير أو

الى أجنبي بهبة أ وغيرها أوزادت عنده خيرا فلا رجوع فيها للواهب) وقد بينا هذه الموانع والفرق بين زيادة العين وزيادة السعر وبين الزيادة فى البدن والنقصان فى حكم الرجوع قال(وان كانت الهبة دارا أوأرضاً فبنى فى طائفة منها أوغرس شجرا أوكانت جارية صغيرة فكبرت وازدادت خيرا أوكان غلاماً فصار رجلا فلا رجوع له في شيء من ذلك) وقال ابن أبي ليلي له أن يرجع في جميع ذلك لان حق الرجوع كان ثابتا في الاصل فيثبت فى البيع فان ثبوت الحكم فى البيع بثبوته في الاصل ولا يجوز أن يبطل الحكم الثابت في الاصل بسبب المنع ولكنا نقول حق الرجوع للواهب مقصور على الموهوب بعينه فلا يثبت فيما ليس بموهوب تبعا كان أو أصلا وهنا الحق في الاصل ضعيف وحق صاحب الزيادة في الزيادة قوى فاذا تعذر التمييز بينهما رجحنا أقوى الحقين وجعلنا الضعيف مرفوعا بالقوى والبناء فى بعض الارض كالبناء فى جميعها لان البناء فى جانب من الارض يعد زيادة في جميع الارض ألا ترى أنه يزداد به مالية الكل وهذا اذا كان مابنى بحيث يعد زيادة فان كان لا يعد زيادة كالآريّ أويعد نقصانا كالتنور فى الكاشانة فانه لا يمنع الرجوع لانعدام المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة فى عينه .قال (وان كانت الهبة دارا فهدم بناءها كان له أن يرجع في الارض) وكذلك فى غير الدار اذا استهلك بعض الهبة ببيع أوغيره وبقى بعضها كان له أن يرجع في الباقى اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان مافعله من هدم البناء نقصان في الارض وليس بزيادة. قال (وان كانت الهبة ثوبا فصبغه أحمر أو أصفر وخاطه لم يكن له أن يرجع فيه) لان مافعله زيادة وصف قائم فى العين ولو قطعه ولم يخطه فله أن يرجع فيه لان القطع قبل الخياطة نقصان * ولم يذكر مالو صبغه أسود(والجواب)أن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى له أن يرجع فيه لان السواد عنده نقصان . وعندهما ليس له أن يرجع وقد بينا المسئلة فى كتاب الغصب . قال (واذا وهب دينا له عليه فقبله لم يكن له أن يرجع فيه) لانه سقط عنه فانه قابض للدين بذمته فيملك بالقبول ومن ملك دينا عليه سقط ذلك عنه والساقط يكون متلاشياً فلا يتحقق الرجوع فيه كما لو كان عيناً فهلك عنده .قال(فان قال الموهوب له مكانها لا أقبلها فالدين عليه بحاله) والحاصل ان هبة الدين ممن عليه الدين لاتتم الا بالقبول والابراء يتم من غير قبول ولكن للمديون حق الرد قبل موته انشاء الله وعن زفر رحمه الله انه يسوي بينهما وقال تتم الهبة والابراء قبل القبول بناء علي أصله انه

يعتبر ماهو المقصود والمقصود في الوجهين الاسقاط دون التمليك لان مافي الذمة ليس بمحل للتمليك ولكنه مجرد مطالبة يحتمل الاسقاط ولكن عند زفر رحمه الله ان رده المديون صح رده في الوجهين جميعا وكان ابن شجاع رحمه الله يقول لا يعمل رده لان الاسقاط يتم بالمسقط. والمسقط يكون متلاشيا فلا يتصور فيه الرد وقاس ذلك بالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ولكنا نقول الدين مملوك للطالب في ذمة المديون فيكون قابلا للتمليك بملك العين ويجعل ذلك في الحكم كانه ذلك الدين خصوصا في السلم والصرف فاذا ثبت انه قابل للتمليك والهبة عقد تمليك فاذا ذكر لفظ الهبة وجب اعتبار معنى التمليك فيه والتمليك لا يتم بالملك قبل قبول الآخر لان أحداً لا يملك ادخال الشيء في ملك غيره قصداً من غير قبوله وهو محتمل للاسقاط أيضا لانه في الحقيقة ليس الا مجرد حق المطالبة وابراء اسقاط اذا ذكر لفظ الابراء وكان تصرفه اسقاطا والاسقاط تصرف من المسقط في خالص حقه فهذا يتم بنفسه ولكنه يتضمن معنى التمليك من وجه لما بينا ان الدين مملوك في ذمته فانما يسقط عنه اذا ملكه فلاعتبار هذا المعنى قلنا له أن يرده بخلاف الطلاق والعتاق فانه اسقاط محض لا يتضمن معنى التمليك حتى ان الابراء لو كان اسقاطاً محضا لم يرتد بالرد أيضاً وهو ابراء الكفيل فانه اسقاط محض لان الدين يبقى على الاصل على حاله فلا يرتد برد الكفيل والهبة من الكفيل تمليك منه حتى يرجع على المكفول عنه فلا يتم الا بقبوله فان كان الموهوب له غائبا ولم يعلم بالهبة حتى مات جازت الهبة وبرىء مما عليه وهذا استحسان فأما في القياس لا يبرأ فأصله في الموصى له اذا مات بعد موت الموصي قبل قبوله في القياس تبطل الوصية لانه قبل القبول لم يملك وانما يخلفه وارثه في ملكه بعد موته . وفي الاستحسان جعل موته بمنزلة القبول فكذلك هنا في الاستحسان يجعل موت الموهوب له بمنزلة قبوله قال (وان وهبه له وهو معه قائم فسكتا حتى افترقا جازت الهبة) وهذا استحسان أيضا فان سكوته عن الرد دليل على رضاه بالهبة منه عرفا ودليل الرضا كصريح الرضا ألا ترى ان السكوت من البكر جعل اجازة لعقد الولي استحسانا فهذا مثله ومن مشايخنا رحمهم الله من بنى الجواب في هذا الفصل على الظاهر ويقول هبة الدين ممن عليه الدين بمنزلة الابراء يتم بنفسه من غير قبول وان كان له حق الرد فيها فالموت قبل الرد يبطل حقه في الرد ويبقى تاما في نفسه وكذلك بالسكوت حتى افترقا ينعدم الرد فتبقى الهبة تامة ولكن الاول وهو الفرق بين الهبة والابراء من حيث المعنى أصح ويتضح ذلك

فى الفرق بين ابراء الكفيل وبين هبة الدين منه . قال (رجل وهب لرجل هبة وقبضها الموهوب له ثم وهبها الموهوب له لآخر وسلمها اليه ثم رجع فيها أوردها عليه الآخر فللواهب الاول ان يرجع فيها) أما اذا رجع فيها بقضاء القاضي فلان القاضي يفسخ بقضائه العقد الثانى فيعود الى الاول ملكه المستفاد بالهبة من الاول وقد كان حق الرجوع ثابتا له فى ذلك الملك وما سقط بزواله تعذر استيفاؤه لانعدام محله فاذا عاد المحل كما كان عادحقه فى الرجوع وان رده عليه بغير قضاء القاضى فكذلك عندنا وقال زفر رحمه الله ليس للاول ان يرجع لان هذا ملك حادث له ثابت بتراضيهما فهو بمنزلة ما لو وهبه له ابتداء أوتصدق به عليه أوأوصى به له أومات فورثه والدليل عليه انه لورده فى مرضه بغير قضاء ومات من ذلك المرض اعتبر من ثلثه . والدليل على الفرق بين القضاء والرضا الرد بالعيب فانه اذا كان بقضاء القاضى كان فسخا وان كان بغير قضاء فهو كالبيع المبتدا ولكنا نقول حق الواهب فى الرجوع مقصور على العين وفى مثله القضاء وغير القضاء سواء كالاخذ بالشفعة وهذا لانهما فعلا بدون القاضى عين ما يأمر به القاضي أن لو رفعا الامر اليه وانما يكون التراضى موجبا ملكا مبتدأ اذا تراضيا على سبب موجب للملك منه كالهبة والصدقة والوصية وهنا تراضيا على دفع السبب الاول وذلك لا يصح موجبا ملكا مبتدأ بخلاف الرد بالعيب لحق المشترى ليس فى عين الرد بل بالمطالبة في الجزء الثابت ولهذا لو تعذر الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهنا حق الواهب في فسخ العقد مقصور على العين . قال (واذا رجع فى مرض الموهوب له ففيه روايتان كلاهما في الكتاب) فى احدى الروايتين قال يعتبر من جميع ماله وذكر ابن سماعة فيه القياس والاستحسان فى القياس يعتبر من جميع ماله وفى الاستحسان يعتبر من الثلث لا لانه تمليك ابتداء ولكن الراد فى مرضه باختياره يتم بالقصد الى ابطال حق الورثة كما تعلق حقهم به فلرد قصده جعل معتبراً من ثلثه . قال (رجل وهب عبداً لرجلين فله أن يرجع فى نصيب أحدهما وكذلك ان جعل نصيب أحدهما هبة ونصيب الآخر صدقة كان له أن يرجع في الهبة اعتبارا للجزء بالكل) وهذا فى العبد غير مشكل فان الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لايمنع ابتداء الهبة فكذلك الرجوع . وفيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها الجواب كذلك وهو دليلنا على زفر فان الرجوع بغير قضاء القاضي لو كان بمنزلة الهبة ابتداء لما صح في مشاع يحتمل القسمة وحيث صح عرفنا انه فسخ وأن العقد يبقى في النصف الآخر فيكون

ذلك شيوعاً طارئاً ولا أثر للشيوع الطارىء فى الهبة. والدليل عليه أن بالرد بالتراضي يعود الملك الى الواهب قبل القبض وابتداء الهبة لا يوجب الملك الا بالقبض وهو الدليل على أن الشيوع لايمنع منه لان تأثير الشيوع فى المنع من اتمام القبض فلا يؤثر فيما لايشترط فيه القبض قال (فان وهب لمكاتب رجل هبة ثم عتق المكاتب أو عجز فله أن يرجع فى الهبة في قول أبى يوسف) وقال محمد فله أن يرجع فيها اذا عتق وليس له أن يرجع فيها اذا عجز فلا خلاف ان قبل العتق والعجز له أن يرجع فيها . وفيه نوع اشكال فالمكاتب فقير والهبة من الفقير صدقة ولا رجوع فيها. قال (ولكنا نقول المكاتب فقير ملكا ولكنه غنى يداً وكسبا فالهبة منه لا تنفك عن قصد العوض إما بمنافعه أو كسبه كالهبة من العبد فله أن يرجع فيها اذا لم ينل العوض وكذلك بعد العتق لان حق الرجوع ثبت له فى ملك المكاتب فقد تقرر ذلك بعتقه فأما اذا عجز فالاصل عند أبى يوسف ان عجز المكاتب يقرر ملك المولى فى كسبه كما أن عتقه يقرر ملكه لان لكل واحد منهما حق الملك فى الكسب وعند محمد عجز المكاتب ناقل للملك من كسبه الى مولاه بمنزلة موت الحر فكما أن موت الحر الموهوب له يقطع حق الواهب فى الرجوع فكذلك عجز المكاتب والدليل على الفرق أن المكاتب اذا استبرأ جارية محيضة ثم عتق فليس عليه فيها استبراء جديد ولو عجز كان على المولى أن يستبرئها وسنقرر هذا الاصل فى كتاب الاجارات إن شاء الله تعالى . قال (فان كان المكاتب أخ الواهب لم يرجع فيها في حال قيام الكتابة ولا بعد عتقه لان الحق للمكاتب والمانع من الرجوع وهو الاخوة بينهما قائم وبعد العجز كذلك عند محمد رحمه الله وعند أبي يوسف يرجع فيها بعد العجز لانه يقرر الملك للمولى والمولى أجنبي عنه وقد بينا أنه لو وهب لاخيه وهو عبد كان له أن يرجع فيها والمكاتب بعد العجز بمنزلة العبد وكان أبو يوسف يعتبر معنى قطيعة الرحم بسبب المنازعة فى الرجوع فيقول قبل العجز خصومته فى الرجوع مع المكاتب فيؤدي الى قطيعة الرحم وبعد العجز خصومته مع المولى وليس فيه قطيعة الرحم ولان هبته تنفك عن قصد العوض مادام الحق فيها لقريبه فاذا تقرر الحق لاجنبي لم ينفك عن قصد العوض. قال (رجل وهب لرجل أرضاً فبنى فيها الموهوب له ثم أراد الرجوع فيها وخاصمه الى القاضي فقال له القاضي ليس لك أن ترجع فيها ثم هدمها الموهوب له فعادت كما كانت فللواهب أن يرجع فيها لزوال المانع وهو البناء) وفرق بين هذا وبين مااذا اشترى عبداً على انه بالخيار ثلاثة أيام فحم العبد فى الايام

الثلاثة وخاصمه في الرد فأبطل القاضي حقه للحمى ثم أقلعت قبل مضى الايام الثلاثة ليس له أن يرده لان هناك حقه فى الخيار بعرض السقوط حتى يسقط باسقاطه فكذلك يسقط بقضاء القاضي وهنا حق الواهب فى الرجوع ليس بعرض السقوط حتى لا يسقط باسقاطه فكذلك القاضي لا يسقط بقضائه حقه فى الرجوع ولكن يكف عن القضاء بالرجوع لتعذر ذلك بسبب البناء فاذا زال ذلك فقد زال المانع وحقه قائم وكان له الرجوع فيها يوضحه أن السبب هناك للفسخ عدم لزوم العقد فبقضائه يصير لازما لان صفة اللزوم تليق بالبيع وهنا السبب كون العقد تبرعا ويمكن الخلل فى مقصوده وهو العوض وبقضائه لا يرتفع هذا السبب فكان له أن يرجع اذا زال المانع . قال (رجلان وهبا لرجل عبداً وقبضه ثم أراد أحدهما أن يرجع في حصته والآخر غائب فله ذلك) لان كل واحد منهما مباشر للتصرف فى نصيب نفسه فيكون متمكنا من الرجوع فيه كما لو انفرد بهبة نصيبه . قال (واذا أراد الواهب الرجوع فى الهبة وقال الموهوب له أنا أخوك أو قال قد عوضتك أو قال انما تصدقت بها على وكذبه الواهب فالقول قول الواهب) لان السبب المثبت لحق الواهب فى الرجوع ظاهر والموهوب له يدعى المانع فالقول فيه قول المنكر * ثم اذا قال تصدقت على فالتمليك من جهة الواهب اتفاقهما والقول قول المملك فى بيان سبب التمليك واذا قال عوضتك فهو يدعى تسليم شئ من ماله اليه وهو منكر واذا قال أنا أخوك فالاخوة لا تثبت بمجرد دعواه ولا يتبين به أنه لم يكن قصد الواهب العوض . قال (وان كانت الهبة خادما فقال وهبتها لى وهى صغيرة فكبرت عندى وازدادت خيرا او كذبه الواهب فالقول قول الواهب عندنا) وقال زفر القول قول الموهوب له لانه مالك لها في الحال وهو منكر حق الواهب في الزيادة الحادثة فيها فيكون القول قوله كما اذا كان الموهوب ارضاً وفيها بناء أو شجر وقال الواهب وهبتها لك وقال الموهوب له لم يكن فيها بناء ولا شجر حين وهبتها فالقول قول الموهوب له . ولكنا نقول الموهوب له يدعى تاريخا سابقا فى الهبة والهبة حادثة فمن يدعى فيها تاريخا سابقا لا يقبل قوله الا بحجة ثم ليس فيها زيادة من غيرها وحق الواهب ثابت فى عينها باتفاقهما فكان الموهوب له يدعى انتفاء حقه من الزيادة المتولدة من العين مثل السمن والكبر بخلاف البناء والشجر فانه غير متولد من الارض ولكنه ملك مبتدأ للموهوب له في الحال وهو ينكر تملكه من جهة الواهب وثبوت حقه فيه يوضح الفرق أن البناء من وجه أصل حتى يجوز افراده بالبيع

فالظاهر فيه شاهد للموهوب له دون الواهب والسمن والكبر وصف وهو بيع محض وثبوت الحق فى البيع بثبوته فى الاصل فكان الظاهر شاهدا للواهب * وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله لو وهب له عبداً فطمه الموهوب له الكتابة أو الخبز فليس للواهب أن يرجع فيه عند أبي يوسف وقال زفر له أن يرجع لانه لازيادة فى عين الموهوب فهو كزيادة القيمة بتغير السعر وقال أبو يوسف رحمه الله تعلم الكتابة والخبز معنى فى العبد تزداد به ماليته فهو بمنزلة السمن بخلاف زيادة السعر فان ذلك ينبنى على كثرة الرغائب فيه الا أن يكون معنى فى العين. والدليل عليه ان صفة الكتابة والخبز يصير مستحقا للمشترى بالشرط ويثبت له الخيار عند فواته بمنزلة صفة السلامة عند اطلاق العقد فبه يتبين أنه وصف فى العين وكل شئ زاد فيه من غيره نحو الثوب يصبغه والسويق يلته والثوب يخيطه فالقول فيه قول الموهوب له بمنزلة البناء والغرس وأما ما كان من حيوان فالقول فيه قول الواهب بمنزلة الكبر فى الخادم. قال (واذا كانت الهبة جارية فولدت عند الموهوب له من زوج أو فجور فللواهب أن يرجع فيها دون الولد لان الولد ليس بموهوب وحق الرجوع مقصور على عين الموهوب والولادة فى الجارية نقصان وقد بينا أن النقصان لايمنع الرجوع والزيادة المنفصلة ليست كالزيادة المتصلة لان الاصل هناك لايتميز عن الزيادة ليرجع فيها وهنا الزيادة منفصلة عن الاصل فله أن يرجع فيه وهذا بخلاف البيع فان بعد الزيادة المنفصلة هناك لو رد الاصل ردها بجميع الثمن فيسلم له الولد مجانا بحكم عقد المعاوضة وذلك في المعاوضات ربا وفى الهبة يسلم له الولد مجانا وهذا غير ممتنع في التبرعات وقد كان الاصل سالما له مجانا. قال (واذا أراد الواهب الرجوع وهى حبلى فان كانت قد ازدادت خيراً فليس له ان يرجع فيها وان كانت قد ازدادت شرا فله أن يرجع فيها) والجواري في هذا تختلف فمنهن من اذا حبلت سمنت وحسن لونها فكان ذلك زيادة في عينها فيمنع الرجوع ومنهن من اذا حبلت اصفر لونها ورق ساقها فيكون ذلك نقصانا فيها فلا يمنع حق الواهب من الرجوع قال (واذا وهب جاريتين فولدت احداهما فعوضه الولد عنهما لم يكن له ان يرجع فى واحدة منهما) لانه لاحق للواهب في الولد فهو كسائر املاك الموهوب له فى صلاحية العوض فاذا عوضه عنهما ورضى به الواهب فقد تم مقصوده. قال (وان وهب له حديداً فضرب منه سيفا أو غزلا فنسجه أو وهب له دفاترفكتب فيها لم يكن له أن يرجع فيها في شيء من ذلك أبداً) اما لتبدل العين أو للزيادة

الحادثة في العين أو في ماليته بفعله فان ذلك مانع من الرجوع والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الرقبي

قال(رجل حضره الموت فقال داري هذه حبيس لم تكن حبيساً وكان ذلك ميراثا) لان قوله حبيس أي محبوس فعيل بمعنى مفعول كالقتيل بمعنى المقتول ومعناه محبوس عن سهام الورثة وسهام الورثة في ماله بعد موته حكم ثابت بالنص فلا يتمكن من ابطاله بقوله وهو معنى قول شريح لاحبيس عن فرائض الله تعالى وجاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس. وكذلك ان قال داري هذه حبيس على عقبي بعد موتي فهو باطل لان معناه محبوس على ملكهم لايتصرفون فيه بالازالة كما يفعله المالك وهو مخالف لحكم الشرع فكان باطلا. قال (ولو قال داري هذه لك رقبي فهو باطل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله هي هبة صحيحة اذا قبضها وكذلك لو قال لك حبيس) فأبو يوسف استدل بحديث ابن الزبير عن جابر رضى الله عنهما أن النبي صلي الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبي والمعنى فيه أن قوله داري لك تمليك صحيح وقوله حبيس أو رقبي باطل فكانه لم يذكر ذلك يوضحه ان معنى قوله داري لك رقبي. ملكتك داري هذه فأرقب موتك لتعود اليّ فيكون بمنزلة العمرى في معنى الانتظار والتعليق بالعود اليه دون التمليك فيبقى التمليك في الحال صحيحا. وحجتهما في ذلك حديث الشعبي عن شريح رحمهما الله أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى ورد الرقبي والحديثان صحيحان فلابد من التوفيق بينهما. فنقول الرقبي قد تكون من الارقاب وقد تكون من الترقب حيث قال أجاز الرقبي يعني اذا كان من الارقاب بان يقول رقبة داري لك وحيث قال رد الرقبي اذا كان من الترقب وهو أن يقول أراقب موتك فراقب موتي فان مت فهي لك وان مت فهي لي فيكون هذا تعليق التملك بالخطر وهو موت المملك قبله وذلك باطل ثم لما احتمل المعنيان جميعا والملك لذى اليد فيها يقينا فلا يزيله بالشك وانما يكون قوله داري لك تمليكا اذا لم يفسر هذه الاضافة بشئ أما اذا فسرها بقوله رقبي أو حبيس يتبين أنه ليس بتمليك كما لو قال داري لك سكنى تكون عارية وهذا لان الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير. قال (رجل قال لرجلين عبدي هذا لأطولكما حياة أو حبيس على أطولكما حياة فهذا باطل) لانه لا يراد بهذا اللفظ طول الحياة فيما مضى حتى لو كان احدهما شابا والآخر

شيخاً لا يتعين الشيخ بالتمليك منه بهذا اللفظ ولكن المراد طول الحياة فى المستقبل معناه للذى يبقى منكما بعد موت الآخر فهو تعليق التمليك بالخطر وهو معنى الرقبي من حيث انه يأمر كل واحد منهما أن يراقب موت صاحبه لتكون الدار له وذلك باطل والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الشهادة فى الهبة

قال (واذا شهد شاهدان على الهبة ومعاينة القبض جازت الهبة) لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة والهبة مع القبض سبب ملك تام وان شهدا على اقرار الواهب بالقبض وهو يجحده لم تجز شهادتهما فى قول أبى حنيفة الاول ثم رجع فقال الشهادة جائزة وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله والصدقة والرهن على الخلاف أيضا. وجه قوله الاول ان تمام هذه العقود بقبض يوجد وهو فعل لاقول والاقرار يحتمل الصدق والكذب والمخبر به اذا كان كذبا فبالاخبار لايصير صدقا وما لم يكن موجوداً من القبض فباقراره لايصير موجوداً فظهر أن هذه الشهادة ليست بما هو سبب ملك تام. وجه قوله الآخر ان القبض فى هذه العقود لا يكون أقوى من القتل والغصب ثم فعل القتل والغصب كما يثبت بالشهادة على معاينته يثبت بالشهادة على الاقرار به وهذا لان الثابت من الاقرار بالبينة كالمسموع من المقر في مجلس الحكم . ولو أقر الخصم بأنه وهبه وسلمه اليه قضي بالملك له فكذلك اذا ثبت اقراره بالبينة . قال (وان كان العبد في يد الموهوب له فشهد على اقرار الواهب بالهبة والقبض جازت الشهادة كما لو سمع القاضي اقراره بذلك وكذلك ان كان العبد فى يد الواهب فاقر عند القاضى أنه وهبه منه وسلمه اليه أخذ باقراره) لان كون العبد فى يده لاينا فى ماأقر به من الهبة وقبض الموهوب والمقر يعامل فى حق نفسه كأن ماأقر به حق وفرق أبو حنيفة على القول الاول بين ما اذا أقر بنفسه وبين ما اذا شهد الشهود على اقراره لان الاقرار موجب بنفسه من غير قضاء والشهادة لاتوجب الا بقضاء القاضي والقاضي لا يقضى الا ان يشهدوا بسبب ملك تام . قال (واذا استودع الرجل رجلا وديعة ثم وهبها له ثم جحده فشهد بذلك عليه شاهدان ولم يشهدا بالقبض فهو جائز) لان العقد يثبت بالبينة وقبضه معلوم بالمعاينة فيتم به سبب الملك . قال(فان جحد الواهب أن تكون في يده يومئذ وقد شهد الشهود على الهبة ولم يشهدوا على معاينة القبض ولا على اقرار الواهب والهبة فى يد الموهوب له يوم

تخاصم الي القاضي فذلك جائز اذا كان الواهب حياً) لانه في الحال قابض وقد أثبت عقده بالبينة فيجعل قبضه صادراً عن ذلك العقد لان القبض حكم العقد أو متمم للعقد الذى هو سبب الملك والثابت من العقد بالبينة كالثابت معاينة فكما يجعل القبض هناك متمما للسبب فكذلك هنا ولكن هذا اذا كان الواهب حياً فان كان ميتا فشهادتهما باطلة لان الملك في الحال للوارث فلا يكون اثبات العقد على الواهب بعد موته سببا للملك ألا ترى أنه مادام الواهب حياً اذا قبض الموهوب باذنه تم الهبة ويملكه بعد موته لا يملكه بالقبض وان كان قد أذن له فى ذلك الا أن يشهدا على أنها كانت في يده فى حياة الواهب أو على اقرار الواهب بذلك فحينئذ يثبت الملك للموهوب له لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة. قال(رجل وهب لرجل عبداً وقبضه الموهوب له ثم جاء رجل وأقام البينة انه كان اشتراه من الواهب قبل الهبة والقبض أبطلت الهبة) لانه أثبت الشراء من المالك والشراء يوجب الملك بنفسه فتبين به أنه وهب وسلم مالا يملك. قال(فان شهدوا علي الشراء ولم يذكروا انه كان قبل الهبة فهو للموهوب له) لانه فى يده والاستحقاق له ثابت باعتبار يده وليس فى هذه الهبة مايوجب الاستحقاق عليه لان شراءه محتمل فانه لو كان قبل الهبة ثبت استحقاقه وان كان بعد الهبة لا يثبت وبالاحتمال لا يثبت الاستحقاق* وكذلك ان أرخ شهود الشراء شهرا أو سنة لان اليد للموهوب له معاين وهو دليل سبق عقده فان تمكنه من القبض دليل يدل على ذلك والتاريخ فى حق الآخر مشهود به وليس الخبر كالمعاينة. فان كان العبد فى يد الواهب فأقام الموهوب له البينة انه وهبه له وقبضه قبل الشراء وأقام المشترى البينة انه اشتراه قبل الهبة وقبضه فالعبد لصاحب الشراء لان سبب ملكه أقوى من حيث ان الشراء يوجب الملك بنفسه وانه عقد ضمان وانه يوجب الملك فى البدلين وعند المعاوضة يترجح أقوى السببين فان الضعيف مدفوع بالقوي ولا يظهر عند المقابلة بالقوى. قال(رجل وهب لرجل متاعا ثم قال انما كنت استودعتك فالقول قول صاحب المتاع مع اليمين) لان المستودع يدعي تملك العين عليه بسبب وهو منكر فعليه أن يثبت السبب بالبينة والقول قول المنكر مع اليمين فاذا حلف أخذ المتاع وان وجده هالكا فان كان قد هلك بعد ما ادعى المستودع الهبة فهو ضامن للقيمة لانه بدعوى التملك بالهبة يكون جاحدا للوديعة والمودع يضمن الوديعة بالجحود ولانه صار مفوتا لليد الحكمية التى كانت للمودع حين زعم انه قابض لنفسه بتملك فكان ضامناً القيمة لهذا

﴿ فان قيل ﴾ هـذا أن لوثبت الايداع ﴿ قلنا ﴾ لا حاجة الى ذلك بقبض مال الغير لنفسه على وجـه التملك موجب للضمان الا أن يثبت تمليك من صـاحبه اياه ولم يثبت ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الصدقة

قال(الصدقة بمنزلة الهبة فى المشاع وغير المشاع وحاجتها الى القبض)وقد بينا اختلاف ابن أبي ليلي فيها الا أنه لارجوع فى الصـدقة اذا تمت لان المقصود بها نيل الثواب وقد حصل وانما الرجوع عند تمكن الخلل فيماهو المقصود ويستوى ان تصدق على غنى أوفقير فى انه لارجوع له فيها . ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول الصدقة على الغنى والهبة سواء انما يقصد به العوض دون الثواب ألا ترى ان فى حق الفقير جعل الهبة والصدقة سواء فى ان المقصود الثواب فكذلك فى حق الغنى الهبة والصدقة سواء فيما هو المقصود ثم له أن يرجع فى الهبة فكذلك فى الصدقة ولكنا نقول ذكره لفظ الصدقة يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال المتملك * ثم التصدق على الغنى يكون قربة يستحق بها الثواب فقد يكون غنياً يملك نصابا وله عيال كثيرة والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب ألا ترى ان عند اشتباه الحال يتأدى الواجب من الزكاة بالتصدق عليه ولا رهن ولا رجوع فيه بالاتفاق فكذلك عند العلم بحاله لايثبت له حق الرجوع عليه . قال(رجل تصدق على رجل بصدقة وسلمها اليه ثم مات المتصدق عليه والمتصـدق وارثه فورثه تلك الصدقة فلا بأس عليه فيها) بلغنا في الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن رجلا تصدق بصدقة ثم مات المتصدق عليه فورثه النبي صلي الله عليه وسلم من تلك الصدقة والحديث فيه ماروى ان طلحة رضي الله تعالى عنه تصدق على أمه بحديقة ثم ماتت قال صلي الله عليه وسلم ان الله تعالى قبل منك صدقتك وردعليك حديقتك وفي المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاتحل الصدقة لغنى الا بخمسة وذكر من جملتها رجلا تصدق بصدقة ثم مات المتصدق عليه فورث تلك الصدقة . قال(رجل قال فى صحته جعلت غلة دارى هذه صدقة للمساكين ثم مات أو قال دارى هذه صدقة في المساكين ثم مات قال هى ميراث عنه) لانها صدقة لم تتصل بهذا القبض ولان هذا اللفظ منه بمنزلة النذر سواء التزم الصدقة بعينها أوبغلتها والمنذور لايزول

عن ملكه قبل تنفيذ الصدقة فيه وانما عليه الوفاء بنذره حقاً لله تعالي ولهذا يفتي به ولا يجبر عليه في الحكم ومثله لا يمنع الارث فلا يبقى بعد الموت وان كان حيا وتصدق بقيمتها أجزأه لان ما لزمه من التصدق فى عين مال بالتزامه معتبر بما أوجب الله تعالي عليه وهو الزكاة والواجب هنالك يتأدى بالقيمة كما يتأدى بالعين فهذا مثله لان المقصود فى حق المتصدق عليه اغناؤه وسد خلته. قال (فان قال جميع ما أملك صدقة فى المساكين فعليه أن يتصدق بجميع ما يملك من الصامت وأموال السوائم وأموال الزكاة ولا يتصدق بالعقار والرقيق وغير ذلك استحسانا) وفي القياس عليه أن يتصدق بجميع ذلك وهو قول زفر رحمه الله وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله ان فى قوله جميع ما أملك يتصدق بالكل قياساً واستحسانا وانما القياس والاستحسان فى قوله مالى صدقة أو جميع مالى صدقة والاصح انهما سواء وجه القياس ان اسم الملك حقيقة لكل مملوك له واسم المال لكل ما يتموله الانسان ومال الزكاة فى ذلك وغير مال الزكاة سواء ألا ترى أن فى الارث والوصية بالمال يستوي فيه ذلك كله وهذا لان اللفظ معمول به في حقيقته ما أمكن ولكنه استحسن فقال انما ذكر المال والملك عند ذكر الصدقة فيختص بمال الزكاة بدليل شرعى وهو ان ما يوجبه علي نفسه معتبر بما أوجب الله سبحانه وتعالى عليه والله تعالي أوجب الحق في المال ولذلك يختص بمال الزكاة فكذلك ما يوجبه على نفسه بخلاف الوصية وهذا لان الصدقة شرعا انما تكون عن غنى قال صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى والغنى شرعا يختص بمال الزكاة حتى لا يكون مالك العقار والرقيق لغير التجارة غنياً شرعا فلهذا الدليل تركنا اعتبار حقيقة اللفظ وأوجبنا عليه التصدق بمال الزكاة وبخلاف الوصية والميراث فان ذلك خلافه والحاجة اليه فى مال الزكاة وغير مال الزكاة سواء ثم يمسك من ذلك قوته فاذا أصاب شيئا بعد ذلك تصدق بما أمسك لان حاجته في هذا القدر مقدمة اذ لو لم يمسك احتاج أن يسأل الناس ولا يحسن أن يتصدق بماله ثم يسأل الناس من ساعته ولم يبين فى الكتاب مقدار ما يمسك لان ذلك يختلف بقلة عياله وكثرة عياله. وقيل ان كان محترفا فانما يمسك قوت يوم وان كان صاحب غلة امسك قوت شهر وان كان صاحب ضياع أمسك قوت سنة لان يد الدهقان الى ما ينفق انما تتصل سنة فسنة ويد صاحب الغلة شهرا فشهرا ويد العامل يوما فيوماً قال (رجل وهب للمساكين هبة ودفعها اليهم لم يرجع فيها استحسانا وفى القياس يرجع) لانه ملكه بطريق الهبة وفي أسباب الملك الغنى والفقير سواء

كالبيع وغيره . ووجه الاستحسان أن قصده بالهبة من الفقير الثواب دون العوض اذ لو كان قصده العوض لاختار للهبة من يكون أقدر على أداء العوض ولما اختار الفقير مع عجزه عن أداء العوض عرفنا ان مقصوده الثواب وقد نال ذلك . قال (وكذلك ان أعطى سائلا أو محتاجا على وجه الحاجة) فان العطية بمنزلة الهبة وانما قصده بفعله سد خلة المحتاج وذلك يفعل لابتغاء مرضاة الله تعالى ونيل ثوابه وهو معنى ما روي عن عمر رضى الله عنه من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة لم يكن له أن يرجع فيها . قال (رجل جعل فى داره مسجداً يصلى فيه الناس ثم مات قال هو ميراث لورثته) لانه لم يميزه عن ملكه فيكون هذا بمعنى صدقة المشاع . ثم الاصل فى المساجد المسجد الحرام وهذا ليس في معنى ذلك لان ذلك يدخله من شاء من كل جانب وهذا ملكه محيط بكل جانب منه فلا يتمكن أحد من الدخول فيه بغير اذنه . فان كان أخرجه من داره وعزله وجعله مسجدا وأظهره للناس ثم مات فهو مسجد لا يورث وقد بينا تمام هذا الفصل فى كتاب الوقف . قال (وان بنى على منزله مسجداً وسكن أسفله أو جعله سردابا ثم مات فهو ميراث) وكذلك ان جعل أسفله مسجداً وفوقه مسكنا لان المسجد ما يحرز أصله عن ملك العباد وانتفاعهم به على قياس المسجد الحرام وذلك غير موجود فيما اتخذه حين استثنى العلو او السفل لمنفعة نفسه * وعن محمد قال ان جعل السفل مسجداً جاز وان جعل العلو مسجداً دون السفل لا يجوز لان المسجد ماله قرار وتأبيد وذلك فى السفل دون العلو وعن الحسن بن زياد رحمه الله أنه اذا دخل العلو مسجداً والسفل مستغلا للمسجد فهذا يجوز استحسانا وعن أبى يوسف أن ذلك كله جائز رجع اليه حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل بأهلها فجوز أن يجعل العلو مسجداً دون السفل والسفل دون العلو وهو مستقيم على أصله وقد بينا أنه يوسع فى الوقف فكذلك في المسجد . قال (رجل وهب لمسكين درهما وسماه هبة ونواه من زكاته أجزأه) لما بينا ان في حق المسكين لفظة الهبة كلفظة الصدقة ولانه لا معتبر باللفظ في أداء الزكاة انما المعتبر الاعطاء بنية الزكاة ألا ترى أنه لو أعطاه ولم يتكلم بشئ كان ذلك زكاة له فلا يتغير ذلك الحكم بذكر الهبة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب العطية

(واذا قال الرجل لغيره قد أعمرتك هذه الدار وسلمها اليه فهى هبة صحيحة) لحديث ابن

الزبير عن جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال امسكوا عليكم أموالكم لاتعمروها فمن أعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته بعده . وروى سلمة عن جابر رضى الله عنهما ان النبي صلي الله عليه وسلم قضى بالعمرى للمعمر له ولعقبه بعده وقال عليه الصلاة والسلام من أعمر عمرى قطع قوله حقه يعنى قطع قوله وهبت لك عمرك حقه في الرجوع بعد موته والمعنى فيه أنه ملكه فى الحال والوارث يخلفه فى ملكه بعد موته فشرط الرجوع اليه بعد الموت فاسد والهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة . قال (وكذلك لو قال نحلتك هذا الثوب أو أعطيتك هذا الثوب عطية فهذه عبارات عن تمليك العين بطريق التبرع وذلك يكون هبة) وكذلك لو قال قد كسوتك هذا الثوب فان هذا اللفظ لتمليك العين بدليل قوله تعالى أو كسوتهم فالكفارة لاتتأدى الا بتمليك الثوب من المسكين ويقال في العرف كسا الامير فلانا أى ملكه * وان قال حملتك على هذه الدابة كانت عارية لان الحمل على الدابة إركاب وهو تصرف فى منافعها لا فى عينها فتكون عارية الا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لان هذا اللفظ قد يذكر للتمليك يقال حمل الامير فلانا على فرسه أى ملكه فاذا نوى مايحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته . وكذلك لو قال قد أخدمتك هذه الجارية فهى عارية لان معناه مكنتك من ان تستخدمها وذلك تصرف في منافعها لافى عينها ان . وقال قد منحتك هذه الجارية أو هذه الارض فهى عارية لان المنحة بذل المنفعة بغير بدل قال صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة فيكون معنى كلامه جعلت لك منفعة هذه العين وهو نفس العارية . فان قال قد اطعمتك هذه الارض فانما أطعمه غلتها والرقبي لصاحبها لان عينها لا تطعم فمعناه أطعمتك مايحصل منها فيكون تمليكا لمنفعة الارض دون عينها وله أن يأخذها متى شاء يعنى اذا كانت فارغة فأما بعد الزراعة اذا أراد ان يستردها فان رضى المستعير بأن يقلع زرعها ويردها فله ذلك وان أبى تركت في يده بأجرة مثلها الى وقت ادراك الغلة لانه محق فى زراعتهما غير متعد فلا بد من مراعاة حقه بخلاف الغاصب وانما يعتدل النظر من الجانبين بأن تترك فى يده بأجر الى ادراك الغلة وان قال قد أطعمتك هذا الطعام فاقبضه فقبضه فهذه هبة لان عين الطعام تطعم فاضافة لفظة الاطعام الى مايطعم عينه يكون تصرفا فى العين تمليكا بغير عوض وذلك يكون هبة . وكذلك لو قال جعلت هذه الدار لك فاقبضها لان معنى كلامه ملكتك هذه الدار ألا ترى ان فى التمليك ببدل لا فرق بين لفظ الجعل والتمليك

فكذلك فى التمليك بغير بدل * فان قال دارى لك عمرى سكنى فهذه عارية لان قوله سكنى
تفسير لقوله عمرى والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم للتفسير . وبيان هذا وهو ان
قوله لك عمرى يحتمل تمليك عينها منه عمره ويحتمل تمليك منفعتها فكان قوله سكنى تفسيرا
أى لك سكناها عمرك وكذلك قوله نحلى سكنى . وقوله هبة سكنى أوسكنى هبة أو سكنى
صدقة فهذا كله عارية لما بينا أن قوله سكنى تفسير للمحمل من كلامه ألا ترى أنه لو قال
هى لك فاقبضها كانت هبة ولو قال هى لك سكنى كانت عارية وجعل قوله سكنى تفسيرا وكذلك
اذا زاد لفظة العمرى والهبة والصدقة . وان قال هى لك هبة عارية أوهى عارية هبة فهى عارية قدم
لفظة الهبة أوأخرها لانه محتمل لجواز أن يكون مراده هبة العين ويجوز أن يكون مراده هبة
المنفعة وقوله عارية تفسير لذلك المبهم لانه فى نفسه محكم لا يتناول الا المنفعة فسواء قدمه أو
أخره فالحكم له . وأن قال هى لك هبة اجارة كل شهر بدرهم أواجارة هبة فهى اجارة في
الوجهين لان لفظة الاجارة في حق المحل محكم فانه لا يتناول الا المنفعة ولفظة الهبة تحتمل تناول
العين تارة والمنفعة تارة أخرى فكان الحكم للفظ المحكم قدمه أوأخره وتمليك المنفعة ببدل
معلوم الى مدة معلومة تكون اجارة . وان قال دارى هذه لك عمرى تسكنها وسلمها اليه
فهى هبة لان قوله تسكنها ليس بتفسير لقوله عمرى فالفعل لا يصلح تفسيرا للاسم ولكنه
مشورة أشار عليه فى ملكه فان شاء قبل مشورته وسكنها وان شاء لم يقبل وهو بيان لمقصوده
انه ملكه الدار عمره ليسكنها وهذا معلوم . وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا
الطعام لك تأكله أوهذا الثوب لك تلبسه . قال (وان قال وهبت لك العبد حياتك وحياته وقبضه
فهى هبة جائزة) لانه ملكه فى الحال بقوله وهبت لك وقوله حياتك وحياته فضل من الكلام
غير محتاج اليه فكان لغوا أوفيه ايهام شرط الرجوع اليه بعد موته وقد بينا ان هذا الشرط
باطل . وكذلك لو قال أعمرتك دارى هذه حياتك أواعطيتها حياتك أووهبت لك هذا العبد
حياتك فاذا مت فهى لى واذا مت أنا فهى لورثتى فهذا كله تمليك صحيح فى الحال وشرط
الرجوع اليه أوالى الورثة باطل . وكذلك لو قال هى هبة لك ولعقبك بعدك لانه ملك العين بأول
كلامه وذكر العقب لغو واشتغال بما لا يفيد فهو يعلم ان عقبه من ورثته يخلفه فى ملكه
وان قال اسكنتك دارى هذه حياتك ولعقبك من بعدك فهذه عارية لانه صرح بلفظ الاسكان
وهو تصرف فى المنفعة دون العين وقوله لعقبك بعدك عطف والعطف للاشتراك فمعناه

سكنناها لعقبك من بعدك فهي هبة له وذكر العقب لغو لان قوله هي لك تمليك لعينها منه وبعد ماهلك عنها منه لا يبقى له ولاية ايجابها لغيره فكان قوله ولعقبك من بعدك لغو بخلاف الاول فان بعد ايجاب المنفعة له بطريق العارية يبقى له ولاية الايجاب لغيره فكان كلامه عارية فى حقه وفى حق عقبه بعده وله أن يأخذها متى شاء. قال رجل وهب لرجل عبداً على أن يعتقه ويسلمه اليه فالهبة جائزة والشرط باطل لان شرط العتق عليه بعد تمام ملكه فى الموهوب باطل ولكن الهبة لا تبطل بالشرط كما قلنا. قال رجل وهب لرجل عبداً مريضا به جرح فداواه الموهوب له فبرأ لم يكن للواهب أن يرجع فيه للزيادة الحاصلة في العين عند الموهوب له وكذلك لو كان أصم أو أعمى فسمع وأبصر لانه زوال للعين فزوا له يكون بوجود ذلك الجزء والزيادة فى العين تمنع الرجوع كما لو كان مهر ولم يسم. قال مريض وهب عبده لرجل ولا مال له غيره فتبعه الموهوب له فاعتقه أو باعه ثم مات من مرضه أو فعل ذلك بعد موت المريض قبل أن يقضي القاضى فيه بشيء فعتقه وبيعه جائز لان تصرف المريض اذا كان على وجه يحتمل النقض بعد صحته فحكم بصحته فى الحال لوجود العلة المطلقة للتصرف وهو الملك وكون المانع محتملا لان المانع مرض الموت وهو مايتصل به الموت ولا يدرى أن مرضه هذا يتصل به الموت أم لا والموهوم لا يعارض المتحقق فحكم بنفوذ تصرفه لهذا وثبت الملك للموهوب له بالقبض وانما تصرف في ملكه بالبيع والعتق وكذلك ان كان تصرفه بعد موت المريض لان أكثر مافيه أن الهبة فكت بموته فى البعض أو فى الكل وفساد السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض فلا يمنع بقاءه بطريق الاولى الا ان يقضي القاضي عليه بالرد لاستغراق تركة الميت بالعين فحينئذ يبطل ملكه بقضاء القاضي ولا ينفذ تصرفه بعد ذلك فأما قبل ذلك اذا نفذ تصرفه فهو ضامن قيمة العبد اذا كان على الميت دين مستغرق لتركته لان الهبة فى المرض وصية فيتأخر عن الدين ولزمه رد العين لرد الوصية وقد تعذر رده باخراجه اياه من ملكه فكان ضامنا قيمته وان لم يكن عليه دين ولكن لامال للميت سواه فقد بطلت الوصية فى قدر الثلثين منه فيضمن ثلثى قيمته لورثة الميت وان كان الموهوب له معسرا وقد كان أعتق العبد فلا سبيل لغرماء الواهب ولا لورثته على العبد لان القيمة دين في ذمة الموهوب له لزمه باكتساب سببه وهو الاتلاف ودين الحر الصحيح في ذمته لا تعلق له بملكه وانما يجب على العبد السعاية بعد العتق في دين كان تعلق بماليته قبل العتق

فان كان الموهوب له أعتقه وهو مريض ثم مات ولا مال له غيره وعليه دين فعلى العبد السعاية في قيمته لان عتق الموهوب له اياه في مرضه وصية فيجب ردها للدين المستغرق عليه وقد تعذر رد الرقبة بالعتق فيجب عليه السعاية فى قيمته وتكون تلك القيمة بين غرماء الموهوب له وغرماء الواهب يضرب فيه غرماء الموهوب له بديونهم وغرماء الواهب بقيمة العبد لا بديونهم لان تلك القيمة تركة الموهوب فيقسم بين غرمائه بحسب ديونهم عليه ودين غرماء الموهوب له كان عليه فأما دين غرماء الواهب أصله كان على الواهب وانما استوجبوا على الموهوب له مقدار قيمة العبد لاتلاف مالية الرقبة عليهم فلهذا ضربوا بقيمة العبد وتعلق حق الفريقين بمالية العبد لان باعتبار مرض الموت له فلهذا لا يقدم احداهما على الآخر. قال رجل وهب لرجل عبداً وسلمه فدبره فليس للواهب ان يرجع فيه لان بالتدبير يجب له حق العتق على وجه لا يمكن نقله من ملك الى ملك بعد ذلك فاعتبر ذلك بحقيقة العتق فى المنع من الرجوع وان كاتبه ثم عجز فرد رقيقاً فله ان يرجع فيه لانه عاد قنا كما كان وقد بينا ان بالكتابة لا يبطل حق الرجوع بل يتعذر لمعنى فى المحل فاذا زال ذلك صار كان لم يكن وان جنى العبد على الموهوب له فللواهب أن يرجع فيه والجناية باطلة لانه حين جنا كان مملوكا للموهوب له وجناية المملوك على مالكه فيما يوجب المال تكون هدرا وبالرجوع لا يتبين انه لم يكن مملوكا له حين جنى فالرجوع من وجه ينهى الملك المستفاد بالهبة ألا ترى انه لو وطئها الموهوب له ثم رجع فيها الواهب فلا عقر على الموهوب له بعد رجوع الواهب فيها وان كان الولد سلم للموهوب له بعد رجوع الواهب فيها فكذلك لا تعتبر جنايته عليه بعد رجوع الواهب وكذلك لو أبق العبد عند الموهوب له فرده راد فللواهب أن يرجع فيه لان الاباق عيب والنقصان لا يمنع الرجوع فى الهبة والجعل على الموهوب له لانه رد عليه ملكه وانما يستوجب الجعل باحياء الملك بالرد فاذا أحياه ملك الموهوب له كان الجعل عليه. قال رجل وهب لرجل شجرة بأصلها فقطعها فله ان يرجع فيها قال أبو عصمة هذا غلط الا أن يريد بقوله بأصلها بعروقها ويأذن له فى قطعها لان اتصال الموهوب بما ليس بموهوب فى ملك الواهب فى معنى الشيوع فلا تتم الهبة الا بعد القطع واذا تمت الهبة فيها وهى مقطوعة فله ان يرجع فيها فأما اذا كان المراد بقوله بأصلها بعروقها من الارض وذلك معلوم مميز فالهبة تمت فى الحال ثم القطع بعد ذلك يجعل الشجرة فى حكم شئ آخر لانها كانت نامية وقد

صارت حطبافليس له أن يرجع فيها ألاترى انه قال لوقطعها فجعلها أبواباً أوجذوعاً لم يكن له أن يرجع فيها اذا عمل فيها شيئا قل أوكثر لانها الآن ليست بشجرة كما وهبها له وله أن يرجع في موضعها من الارض ولكن ماذكره فى الكتاب أصح لان مجرد القطع في الشجرة نقصان وان كان يزيد فى ماليتها فهو باعتبار رغائب الناس فيه بمنزلة الذبح فى الشاة والنقصان في الموهوب لايمنعه من الرجوع بخلاف مااذا جعلها أبوابا أوجزوعا فذلك زيادة صفة حادثة فى الموهوب بفعل الموهوب له فيمنعه من الرجوع فيها. قال ولو وهبها له بغير أصلها وأذن له في قبضها فقطعها وقبضها كان له أن يرجع فيها لان الهبة جازت وهى مقطوعة وفي الباب الأول جاز بالهبة وهى شجرة وهـذا اشارة الى ماذكره أبو عصمة انه بعد القطع لايكون له أن يرجع فيها اذا تمت الهبة قبل القطع وانما يرجع فيها اذا كان تمام الهبة بعد القطع قال وان وهب له ثمرة فى نخل وأذن له في قبضها كان له أن يرجع فيها لما بينا ان تمام الهبة اذا كان معرض الفصل. قال رجل وهب لرجل عبد الجنى عبد الموهوب له جناية بلغت قيمته ففداه الموهوب له فللواهب أن يرجع فى هبته لان بالفـداء يظهر عن الجناية وعاد كما كان قبل الجناية ولم يتمكن فى عينه زيادة فكان للواهب أن يرجع فيه ولا يرد على الموهوب له شيئا من الفداء لانه فدى ملكه باختياره وقد بينا أن بالرجوع ينتهى ملكه المستفاد بالهبة وان رجع قبل أن يفديه كانت الجناية فى عتق العبد يدفعه الواهب بها أويفديه لان المستحق بالجناية نفس العبد واستحقاق نفسه بالجناية نقصان فيـه فلا يمنع الواهب من الرجوع ثم برجوعه بقضاء القاضي ينعدم ملك الموهوب له بغير اختياره فلا يصير هو مستهلكا ولا مختاراً ولكن الجناية تبقى فى رقبة العبد فيخاطب مالكه بالدفع أو الفداء ومالكه الواهب فى الحال فهو المخاطب بذلك كما لومات مولى العبـد الجانى فورثه وارثه. قال ولو وهبه ثوبا فشقه نصفين فخاط نصفا قباء ونصفه الآخر علي حاله كان له أن يرجع فى النصـف الباقى لان الشق نقصان في الثوب وخياطة القباء زيادة في النصف الذى حدثت الزيادة بفعله فيه تعذر الرجوع وقد بينا أن تعذر الرجوع فى النصف لايمنعه من الرجوع فى النصف الباقى وان قال وان وهب له شاة فذبحها كان له أن يرجع فيها لان الذبح نقصان فى العين فان عمله فى ازهاق الحياة قال وان ضحى بها أوذبحها فى هدى المتعة لم يكن له أن يرجع فيها فى قول أبي يوسف وقال محمد يرجع فيها وتجزئه الاضحية والمتعة للذابح ولم يذكر قول أبى حنيفة

وقيل قوله كقول أبي يوسف أما محمد يقول ملك الموهوب له لم يزل عن عينها والذبح نقصان فيها فلا يمنع الرجوع فيما بقي كالشاة للقصاب وهذا لان معنى القربة في نيته وفعله دون العين والموجود في العين قطع الحلقوم والاوداج سواء كان على نية اللحم أو نية القربة والذي حدث في العين أنه تعلق به حكم الشرع من حيث التصدق به وذلك لا يمنع الرجوع كرجوع الزكاة في المال الموهوب في يد الموهوب له بل أولى لان التصدق هنا ليس بمتحتم حتى يكون له أن يأكله ويطعم من شاء من الاغنياء بخلاف الزكاة وأبو يوسف يقول في التضحية جعلها الله تعالى خالصاً وقد تم ذلك فلا يرجع الواهب فيه بعد ذلك كما لو كان الموهوب له أرضاً فجعلها مسجداً وبيان قولنا أن في التقرب باراقة الدم وقد حصل ذلك ألا ترى انه لو سرق المذبوح أو هلك كان مجزئا عنه واباحة التناول منه بأذن من له الحق بقوله تعالى فكلوا منها ألا ترى انه يجوز له أن يتصرف فيها على غير الوجه المأذون فيه وهو بطريق التجارة ويمنع من ذلك ولو فعله كان ضامناً فعرفنا انه تم معنى التقرب به فيكون نظير هذا من الزكاة ما اذا أداه الى الفقير بنية الزكاة وليس للواهب أن يرجع فيه بعد ذلك وهذا الفعل في صورة ذبح شاة القصاب ولكن في المعنى والحكم غيره ولا تعتبر الصور ألا ترى ان الذبح يتحقق من المسلم والمجوسي والتضحية لا تتحقق الا ممن هو أهل فعرفنا انه في المعنى غير الذبح ثم عند محمد برجوع الواهب لا تبطل التضحية لان رجوعه في القائم دون ما يلاشى منه وقد بينا ان الرجوع ينهي ملك الموهوب له فانما انعدم ملكه بغير اختياره وهو في حق نظير ما لو هلك بعد الذبح ٠ قال رجل وهب لرجل درهما فقبضه الموهوب له وجعله صدقة لله تعالى فللواهب أن يرجع فيه ما لم يقبضه المتصدق عليه لانه التزم فيه الصدقة بنذره فلا يكون ذلك أقوي من وجوب الصدقة عليه فيه بايجاب الله تعالي وهو الزكاة وذلك لا يمنعه من الرجوع وهذا لان قبض المتصدق عليه لا يتم معنى العبادة والتقرب فيه (وكذلك) لو وهب له ناقة فجعلها الموهوب له بدنة وقلدها فللواهب أن يرجع فيها قبل أن ينحرها الموهوب له وفرق أبو يوسف بين هذا والاول فقال بالتقليد رأيتم جعلها لله تعالى ألا ترى أنه لو قلدها عن هدي واجب فهلكت قبل أن ينحرها غابه عليه أخرى بخلاف ما بعد النحر وان وهب له أجزاعا فكسرها وجعلها حطبا فله أن يرجع فيها لان هذا نقصان في العين وان كان يزيد في المالية فذلك بزيادة رغائب الناس فيه لا لمعنى في العين فلهذا كان

له أن يرجع فيها (وكذلك) لو وهب له لبنها فجعله طينا فهذا نقصان فان أعاده لبنا لم يرجع فيها لان هذا اللبن حادث بفعله أو ضرب اللبن من الطين زيادة فى عينه فاذا كان حادثا فى يد الموهوب له منع ذلك الواهب من الرجوع وان وهب له نجيحا فجعله خلا لم يرجع فيه لان مالية الخل غير مالية النجيح وهذه مالية حدثت بصنعة حادثة فى العين في يد الموهوب له وان وهب له سيفا فجعله سكاكين أو سكينا لم يكن له أن يرجع فيه لان السكين غير السيف (وكذلك) ان كسره فجعل منه سيفا آخر لان هذا الثانى حادث بعلمه ألا ترى أن الغاصب لو فعل ذلك كان ضامنا قيمة السيف المغصوب منه ويجعل ماضربه له قال وان وهب له داراً فبناها على غير ذلك البناء وترك بعضها على حالها لم يكن له أن يرجع في شيء منها لان مازاد فى البناء في جانب منها يكون زيادة فى جميعها كما فى الارض اذا بنى فى ناحية منها قال وان وهب له حماما فجعله مسكنا أو وهب له شيئاً فجعله حماما فان كان البناء على حاله لم يزد فيه شيء فله أن يرجع فيه لان تصرفه فى المنفعة دون العين والمانع من الرجوع زيادة في العين وان كان زاد عليه بناء أوغلق عليه بابا أو جصصه أوأصلحه أو جعله بصاروج أوطينة فليس له أن يرجع فيه لان هذا كله زيادة فى عينها. قال مريض وهب لصحيح عبداً يساوى ألفا ولا مال له غيره فعوضه الصحيح منه عوضاً وقبضه المريض ثم مات والعوض عنده فان كان العوض مثل ثلثى قيمة العبد أو أكثر فالهبة ماضية لان العوض المقبوض بمنزلة المشروط أو أقوى والثلث منه كان من خالص حقه والثلثان حق الورثة فاذا كان العوض مثل ثلثى قيمة العبد عرفنا انه لم يبطل شيئاً من حق الورثة بتصرفه وانما تصرف فيما هو خالص حقه فكانت الهبة ماضية وان كانت قيمته قيمة العوض نصف قيمة الهبة يرجع ورثة الواهب فى سدس الهبة لان حقهم فى ثلثى العبد وقد وصل اليهم من العوض بقدر مالية نصف العبد فانما تبقى لاتمام حقهم سدس العبد فلهذا يرجع الوارث بسدس الهبة وان كان العوض شرطا في أصل الهبة فان شا الموهوب له رد الهبة كلها وأخذ العوض وان شاء رد سدس الهبة وأمسك الباقى لانه مارضى بسقوط حقه عن عوضه الا بأن يسلم له جميع الموهوب ولم يسلم ولان التبعيض فى الملك المجتمع عيب فاستحقاق جزء من العبد وان قل يتعيب مابقى منه وحق الرد بالعيب ثابت بعد التقابض اذا كان العوض مشروطا لان الهبة بشرط العوض تصير بيعاً بالقياس فلهذا ثبت له الخيار

فى رد مابقى فاذا لم يكن العوض مشروطا فانه لايصير معاوضة بالتقابض في حكم الرد بالعيب فيرد سدس الهبة ولا يكون له أن يسترد العوض لان ملكه على سبيل الهبة وقد مات الموهوب له فلا رجوع له فيه بعد ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

باب هبة المريض

(قال ولا يجوز هبة المريض ولاصدقته الا مقبوضة فاذا قبضت جازت) وقال ابن أبى ليلى تجوز غير مقبوضة لانها وصية بدليل انها تعتبر من الثلث فالوصية تتأكد بالموت قبضت أو لم تقبض ولا تبطل به فكذلك الهبة في المرض وهذا لان المرض سبب الموت وجعل ما يباشره المريض فى الحكم كالثابت بعد موته حتى لو طلق زوجته ثلاثا ورثته بمنزلة مالو وقعت الفرقة بينهما بالموت فهذا مثله ولكننا نقول المعنى الذى له ولأجله لاتتم الهبة والصدقة من الصحيح الا بالقبض موجود فى حق المريض وهو أنه تمليك بعقد تبرع فيكون ضعيفا فى نفسه لايفيد حكمه حتى ينضم اليه مايؤيده وهذا فى حق المريض أظهر لان تصرفه أضعف من تصرف الصحيح واعتباره من الثلث لايدل على أنه غير ثابت في الحال ككفالته فاعتاقه وهذا بخلاف الوصية فانها خلافة ثم الملك من ثمراتها والخلافة لا تكون الا بعد الموت وهذا عقد تمليك لايحتمل الاضافة فاذا لم يتفق قبل الموت تبطل بالموت كالبيع الموقوف اذا لم يتصل به الاجازة حتى مات أحدهما ولا يقول الطلاق يصير كالمضاف ولكن تقام العدة عند الموت مقام حقيقة النكاح أنها لحقها فى ماله بعد تعلقه ولهذا اعتبرنا هبته من الثلث هنا وان حق الوارث تعلق بثلثى ماله بمرضه فلأبقاء حقهم جعلنا هبته من الثلث . قال فان كانت الهبة داراً فقبضها ثم مات ولا مال له غيرها جازت الهبة فى ثلثها ورد الثلثين الى الورثة (وكذلك) سائر مايقسم وما لا يقسم الا فيما لاينقسم فلا اشكال وأما فيما يقسم فلأن الموهوب له ملك الكل بالقبض ثم بطل ملكه فى الثلثين بعد موته اذا لم تجز الورثة فكان هذا شيوعا طارياً فيما بقى بخلاف ما اذا استحق نصف الدار فانه يتبين انه لايملك المستحق بالقبض وقد بطل العقد فيه من الاصل فلو جاز في الباقى كان شائعاً فيما يحتمل القسمة وذلك يمنع ابتداء الملك بالهبة . قال فان كانت الهبة جارية فكاتبها الموهوب له ثم مات المريض ولا مال له غيرها فعلى الموهوب له ثلثا قيمتها للورثة ولا ترد الكتابة لان

الكتابة منه صحيحة لازمة لكونه مالكا لها حين كانت فما دامت باقية لاتحتمل النقل من ملك الى ملك ولان فى رد ثلثها على الورثة ابطال الحق الثابت لها فى نفسها وكسبها وذلك لايجوز وان تعذر رد عينها بسبب باشره الموهوب له كان ضامناً للورثة قيمة حصتهم منها كما لو كان أعتقها أودبرها فان قضى القاضى عليه بثلثى قيمتها ثم عجزت المكاتبة لم يكن للورثة عليها سبيل لان القاضى قضى بالقيمة والسبب الموجب للقضاء به وهو العجز عن رد العين يتحقق فانتقل حقهم الى القيمة ثم لايعود فى العين بعد ذلك بزوال العجز كالمغصوب اذا عاد من اباقه بعد ماقضى القاضي بقيمته على الغاصب واذا عجزت قبل القضاء أخذوا ثلثيها لان المانع زوال قبل انتقال حقهم من عينها الى محل آخر فهو كالمغصوب اذا عاد قبل قضاء القاضى بالقيمة (وكذلك) ان كاتبها بعد موت المريض (فالجواب) على ماتقدم مالم يقض القاضى بثلثيها للورثة لان ملك الموهوب له بان ببقاء قبضه واذا فسد السبب مالم يقض القاضي عليه بالرد فان قضي القاضى بذلك عاد الملك له فى ثلثيها الى الورثة بقضاء القاضي فان اعتقها الموهوب له بعد ذلك فهو بمنزلة عتق أحد الشريكين الجارية المشتركة وقد بينا ذلك فى كتاب العتق . قال مريض وهب لمريض عبداً وسلمه اليه فأعتقه وليس لواحد منهما مال غيره ثم مات الواهب ثم مات الموهوب له قال يسعى العبد فى ثلثى قيمته لورثة الواهب لان عتق الموهوب له في مرض موته بمنزلة الوصية فيتأخر عن الدين وثلثا قيمته دين لورثة الواهب على الموهوب له فانه أتلف عليهم حقهم فى ثلثى العبد بالاعتاق فعلى العبد أن يسعى في ذلك لهم وانما بقى مال الموهوب له ثلث رقبته فسلم له بطريق الوصية ثلث هذا الثلث ويسعى في ثلثى هذا الثلث لورثة الموهوب له وكان جميع ما عليه السعاية فى ثمانية أتساع قيمته وانما يسلم له التسع وان كان على الموهوب له دين ألف درهم وقيمة العبد الف درهم سعى العبد في قيمته يضرب فيها غيرها الموهوب له بدينهم وورثة الواهب بثلثى قيمة العبد لان دين الموهوب له محيط بتركته فعلى العبد السعاية في جميع القيمة لرد الوصية ثم هذه القيمة تركة الموهوب له فيضرب فيها غرماؤه بديونهم ودين ورثة الواهب عليه ثلثا قيمته ودين الغريم الآخر ألف فتقسم التركة بينهما بالحصة . قال مريض وهب لمريض عبداً وهو ثلث ماله وسلمه اليه ثم ان الموهوب له قتل الواهب فى مرضه فالهبة مردودة الى وارثه لان الهبة فى المرض فى حكم التنفيذ معتبر بالوصية ولهذا ينفذ من الثلث بعد الدين

ولا وصية للقاتل عند عدم اجازة الورثة فكذلك الهبة فى المرض وهذا لان بطلان الوصية للقاتل لدفع المعاضلة عن الورثة حتى لا يزاحمهم قاتل أبيهم فى مال أبيهم وهذا المعنى موجود فيما وهبه في مرضه . قال رجل وهب لرجل عبداً فى مرضه وقيمته ألف درهم وسلمه اليه ولا مال له غيره ثم ان العبد قتل الواهب يقال للموهوب له ادفعه أو افده لان الموهوب له ملك العبد بالقبض فانما جنى على الواهب مالكه وفى جناية المملوك خطأ على غير المالك يخاطب المالك بالدفع أو الفداء كما لو جنى على انسان آخر ودليل تمام ملك الموهوب له أنها لو كانت جارية حل له وطؤها بعد الاستبراء فان اختار الفداء فداؤه بعشرة آلاف لان الفداء بارش الجناية وهو دية النفس ثم بدل نفس الواهب بمنزلة مال خلفه حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فتبين أن ماله عند موته احدى عشر ألفا وأن العبد خارج من ثلثه وزيادة فكانت الهبة صحيحة فى جميعه وان اختار الدفع دفعه ولا شئ عليه لان المولى يتخاص عن عهدة الجناية بدفع الجانى ولم يبين كيفية الدفع هنا وانما بين ذلك فى كتاب الدور فقال يدفع نصفه اليهم على وجه رد الهبة ونصفه على وجه الدفع للجناية لان الهبة تجوز في نصف العبد وكان ينبغي أن يكون جواز الهبة في ثلث العبد لانه لا مال للواهب سواه ولكن لضرورة الدور جوز الهبة في نصف العبد وبيان ذلك انما يجعل العبد على ثلاثة أسهم وتجوز الهبة في سهم وتبطل فى سهمين ثم يدفع الموهوب له هذا السهم بالجناية فيزداد مال الواهب ويجب بحسابه الزيادة فى تنفيذ الهبة واذا زدنا في تنفيذ الهبة يزداد ماله بالدفع بالجناية أيضاً فلا يزال يدور هكذا وسهم الدور ساقط لانه شاع بالفساد فالسبيل يقيد وانما يطرح هذا السهم من قبل من خرج الدور من جهتهم وانما الدور هنالك بزيادة ظهرت في نصيب الورثة فالسبيل أن تطرح من أصل حقهم بينهما وحق الموهوب له في سهم وبه يظهر أن العبد يكون في الاصل على سهمين تنفذ الهبة في أحدهما وهو النصف ثم يدفع الموهوب له ذلك السهم بالجناية فسلم للورثة سهمان وقد نفذ بالوصية في سهم فاستقام الثلث والثلثان والعبد وان كان واحداً فى الصورة ففى الحكم صار بمنزلة عبد ونصف فكان تنفيذ الوصية فى نصف العبد ولما بطلت الهبة فى النصف بالرد سقط حكم الجناية فيه لان جناية المملوك على مالكه خطأ واعتبر في النصف الآخر وقد دفعه المالك بالجناية فلهذا لا شئ عليه سواه قال واذا رجع الواهب فى هبته والموهوب له مريض وقد كانت الهبة في الصحة فان كان بقضاء قاض

فالرجوع فيه صحيح ولا سبيل لغرماء الموهوب له وورثته بعد موته على الواهب لان الواهب يستحقه بحق سابق له على حقهم وان كان ذلك بغير قضاء قاض كان رد المريض لما حين طلب الواهب فيها بمنزلة هبة جديدة من المريض فيكون من الثلث ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين يحيط بماله أبطل ذلك الرجوع وردت الهبة الى تركة الميت وقد تقدم بيان ما فى هذه المسألة من اختلاف الروايات والقياس والاستحسان ووجهه انه بالرد باختياره ورضاه قصد ابطال حق الغرماء والورثة عنه بعد تعلق حقهم به يوضحه ان حق الواهب فى الرجوع ضعيف حتى يتمكن الموهوب له من اسقاطه بتصرفه فاذا اتصل قضاء القاضى به يقوي فيقدم علي حق غرماء الموهوب له وورثته لقوته واذا لم يتصل به القضاء يقدم حق الغرماء والورثة علي حقه لقوة حقهم وضعف حق الواهب . قال مريض له عبد يساوى خمسة آلاف درهم وهبه لرجل وقبضه الموهوب له ولا مال له غيره ثم ان العبد قتل المريض خطأ فانه يقال للموهوب له ادفعه أوافده لما بينا أنه مالك للعبد حين جنى فان اختار الدفع فقد بينا التخريج وان اختار الفداء فداه بالدية وسلم له العبد كله لان الدية بدل نفس الواهب بمنزلة ماله خلفه فتبين به ان مال خمسة عشر ألفا وقيمة العبد خمسة آلاف فهو خارج من ثلثه فلهذا تنفذ الهبة فى جميعه واذا ظهر نفوذ الهبة فى جميع العبد ظهر أن على الموهوب له دية كاملة للورثة باختياره فان كان يساوى ستة آلاف درهم واختار الفداء فانه يرد علي ورثة الواهب ربعه ويفدى ما بقى بثلاثة أرباع الدية وذكر محمد فى كتاب الدور طريقا فى تخرج هذا الجنس من المسائل هو أسهل الطرق . قال ولو كان للواهب سوى ألفى درهم كانت الهبة صحيحة في جميع العبد لان اختيار الفداء يؤدى الدية عشرة آلاف درهم فيسلم ذلك للورثة مع الالفين فيكون اثنى عشر ألفا وقد نفذ بالهبة فى العبد وهو يساوى ستة آلاف فيسلم للورثة ضعف ما نفذنا فيه الهبة فاذا عدمنا الالفين تعذر علينا تنفيذ الهبة فى جميع العبد فالسبيل ان يضم ما عدمنا وهو الالفان الى قيمة العبد وهو ستة آلاف ثم يبطل من الهبة بقدر ما عدمنا ونجوز بقدر الموجود والذى عدمنا من الجملة مقدار الربع فتبطل الهبة فى ربع العبد ويجوز هنا وقيمة ذلك أربعة آلاف وخمسمائة ثم يفدى ذلك بثلاثة أرباع الدية وذلك سبعة آلاف وخمسمائة فيسلم ذلك للورثة مع ربع العبد وقيمته ألف وخمسمائة وجملة ذلك تسعة آلاف وقد نفذنا الهبة فى نصف ذلك أربعة

آلاف وخمسمائة فيستقيم الثلث والثلثان فهذا طريق ظاهر من غير دور فأما بيان طريق الدور ان العبد فى الابتداء على ثلاثة أسهم صحت الهبة فى سهم منه ثم على الموهوب له ان يفدى السهم بمثله ومثل ثلثيه فعرفنا ان كل سهم من العبد يقابله من الدية مثله ومثل ثلثيه فاذا فداه بسهم وثلثين ازداد مال الورثة وجاء الدور من الوجه الذى قررنا فالسبيل ان يطرح من أصل حق الورثة مقدار الزيادة وهو سهم وثلثا سهم وقد كان حقهم في سهمين فاذا طرحنا سهما وثلثي سهم بقى حقهم فى ثلث سهم وحق الموهوب له فى سهم فيكون العبد على سهم وثلث انكسر بالا ثلاث فاضرفه فى ثلثه وسهم وثلث فى ثلثه يكون أربعة فتبين ان العبد على أربعة أسهم وان الهبة تنفذ فى ثلاثة أرباعه فيقدر ذلك بثلاثة أرباع الدية ثم التخريج الى آخره كما بينا وتخرج هذه المسئلة على طريق الحساب من الجبر والمقابلة وغيرها ولكن يؤخر بيان ذلك الى كتاب الدور وهذه المسألة واخواتها تعود هناك ان شاء الله تعالى قال وأهل الذمة فى حكم الهبة بمنزلة المسلمين لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات الا أنه لا يجوز المعاوضة بالخمر عن الهبة فيما بين المسلم والذمى سواء كان المسلم هو المعوض للخمر أو الذمى لان الخمر ليست بمال متقوم فى حق المسلم وهو ممنوع من تمليكه وتملكها فهى فى حقه كالميتة والدم لا تصلح عوضاً قال وان صارت الخمر خلا في يد القابض لم تصر معوضا ويرده الى صاحبها لان تمليكها على وجه التعويض باطل فتثبت على ملك صاحبها فاذا تخللت كان الخل مملوكا له مردوداً عليه وأصل التعويض لما بطل لا ينقلب صحيحا بالتخلل كما لو باع خمراً من انسان فتخللت فى يد المشترى وتجوز المعاوضة بالخمر والخنزير فيما بين الذميين كما يجوز ابتداء المبايعة لان ذلك مال متقوم في حقهم ولا يجوز بالميتة والدم لان ذلك ليس بمال في حقهم كما فى حقنا وصحة التعويض تختص بمال متقوم.

قال مسلم وهب لمرتد هبة فعوضه منها المرتد ثم قتل أولحق بدار الحرب جازت الهبة ولم يجز تعويضه في قول أبي حنيفة لان التعويض تصرف من المرتد فى ماله ومن أصل أبي حنيفة ان تصرف المرتد في ماله يبطل اذا قتل أومات أولحق بدار الحرب وأما هبة المسلم من المرتد صحيحة لان قبول الهبة من المرتد ليس بتصرف فى ماله والحجر بسبب الردة لا يكون فوق الحجر بسبب الرق وذلك لا يمنع قبول الهبة فهذ أولى الا أنه اذا كان للواهب حق الرجوع فى حال حياة الموهوب له وقد مات حقيقة أو حكماً بلحاقه بدار الحرب فكانت الهبة جائزة وقد

بطل التعويض وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعوضه صحيح كسائر تصرفاته الا أن عندا
أبي يوسف يكون من جميع ماله وعند محمد من ثلثه بمنزلة سائر تصرفات المرتد على وجه التبرع
فان كان المرتد هو الواهب وقد عوضه الموهوب له من هبته ثم قتل أو لحق بدار الحرب فانه
يرد هبته الى ورثته لانه كان تصرفا منه فى ماله واذا كان تصرفه في ماله بيعا يبطل عنده اذا
مات فتصرفه هبة أولى فترد هبته الى ورثته ويرد عوضه الى صاحبه ان كان قائما وان كان قد
استهلكه كان ذلك دينا فى مال المرتد لانه قبضه علي وجه العوض ولم يسلم الموهوب
للموهوب له فلا يسلم العوض له أيضا ولكن ان كان قائما رده على الموهوب له بعينه وان
كان مستهلكا فقد تعذر رده مع قيام السبب الموجب للرد فتجب قيمته دينا في ماله سواء
كان الآخر علم بارتداده أو لم يعلم لان حكم تصرف المرتد لا يختلف بعلم من عامله بردته وجهله
فان التوقف لحق الورثة وحقهم ثابت في الحالين. قال واذا وهب المرتد للنصرانى هبة أو النصرانى
للمرتد علي أن عوضه عنها خمرا فذلك باطل لان المرتد في حكم التصرف فى الخمر كالمسلم فانه
مجبر علي العود الي الاسلام غير مقر علي ما اعتقده فيبطل تصرفه فى الخمر تعويضا عن
الهبة كما يبطل من المسلم قال واذا وهب الحربى المستأمن هبة لمسلم أو وهبها له مسلم فقبضها
ثم رجع الى دار الحرب ثم عاد مستأمنا فلكل واحد منهما ان يرجع فى هبته لبقاء الملك المستفاد
بالهبة وبقاء العين على حاله فأن المستأمن وان كان فى دارنا صورة فهو فى أهل دار الحرب حكما
فلا يتبدل ملكه بالرجوع الى دار الحرب وان سبي وأخذت الهبة منه لم يكن للواهب ان
يرجع فيها لزوال الملك المستفاد بالهبة فان نفسه بالسبي قد تبدلت وخرج هو من أن يكون
أهلا للملك والموهوب صار ملكا للسابى بمنزلة سائر أمواله اذا أخذه معه فلا سبيل
للواهب عليه وان حضر قبل القسمة لانه انما يتمكن من أخذ ما بقى ووقع الظهور عليه من
ماله وهذا مال أزاله عن ملكه باختياره فلا يأخذه من الغنيمة وان حضر قبل القسمة
قال وان وقع الحربى فى سهم رجل فاعتقه ثم وصلت تلك الهبة اليه بشراء أو غيره لم يكن
للواهب أن يرجع فيها لان هذا ملك حادث له وحق الواهب كان فى الملك المستفاد بالهبة
فلا يثبت فى ملك حدث بسبب آخر وصار اختلاف سبب الملك كاختلاف العين قال وان
كان الحربى هو الواهب فسبي ووقع فى سهم رجل لم يكن له أن يرجع فى هبته لان نفسه
تبدلت بالرق وذلك بمنزلة موته فان الحرية حياة والرق تلف وبموت الواهب يبطل الحق

في الرجوع ولانه لو رجع كان معيداللعين الي ملك مولاه لا الي ملك نفسه وبالهبة لم يخرج من ملك ولاه وكذلك ان اعتق لا يستطيع الرجوع فيها لان حق الرجوع قد بطل بتبدل نفسه كما قلنا والساقط من الحق يكون متلاشيا لا يتصور عوده . قال حربى وهب لحربى هبة ثم أسلم أهل الدار أوأسلما جميعا وخرجا الى دار الاسلام فله أن يرجع فى هبته لبقاء الملك المستفاد بالهبة فان بالاسلام يتأكدالملك الذى كان قبله ولا يتبدل وكذلك العين علي حاله في يد الموهوب له فان كان عوضه من هبته لم يكن له أن يرجع فيها لحصول ماهو المقصود له بالهبة وهو وصول العوض اليه ثم كتاب الهبة ولله الحمد والمنة والله أعلم قال رحمه الله انتهى شرح الصفار من الفروع من الاستحسان الى البيوع . بالموثر من المعانى مع الخبر المسموع باملاء الملتمس لرفع الباطل الموضوع . المنفى لاجله المحصور الممنوع عن الاهل والولد والكتاب المجموع الطالب للفرج بالدعاء والخشوع فى ظلم الليالي بالبكاء والدموع . مقرونا بالصلاة على سيد أهل الجوع . وعلى آله وأصحابه أهل التقى والخضوع

كتاب البيوع

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسى رحمه الله تعالي املاء اعلم بان الله سبحانه وتعالى جعل المال سببا لاقامة مصالح العباد فى الدنيا وشرع طريق التجارة لا كسابها لان ما يحتاج اليه كل أحد لا يوجد مباحاً فى كل موضع وفى الاخذ على سبيل التغالب فساد والله لا يحب الفساد والى ذلك أشار الله سبحانه وتعالى في قوله (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم)والتجارة نوعان حلال يسمى فى الشرع بيعاً وحرام يسمى ربا كل واحد منهما تجارة فان الله أخبر عن الكفرة انكارهم الفرق بين البيع والربا عقلا فقال عز وجل (ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا) ثم فرق بينهما فى الحل والحرمة بقوله تعالى(وأحل الله البيع وحرم الربا)فعرفنا أن كل واحد منهما تجارة وان الحلال الجائز منها بيع شرعا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونه فأقرهم عليه والانعقاد هذا البيع بلفظين هما عبارة عن الماضي وهو بقوله بعت واشتريت في محلين كل واحد منهما مال

متقوم على طريق الا كتساب حتى ان ما يدخله معنى التبرع كالهبة بشرط العوض لا يكون
بيعاً ابتداء ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل بان يقول أحدهما بعنى فيقول الآخر
بعت أو يقول اشترى سى فيقول الآخر اشتريت لا ينعقد البيع عندنا بخلاف النكاح
والشافعى يسوى بينهما باعتبار ان كل واحد منهما عقد تمليك بعوض من الجانبين والفرق
لنا من وجهين (أحدهما) أن النكاح يتقدمه خطبة عادة فقوله زوجينى نفسك فى مجلس
العقد لا يجعل خطبة لان الخطبة قد تقدمته فيجعل أحد شطرى العقد فأما البيع يقع
بغتة من غير تقدم استيام فيجعل قوله بعنى استياما فلا بد من لفظ العقد بعده (والثانى)
ان قوله زوجينى نفسك تفويض للعقد اليها فيجعل قولها زوجت عقدا تاما لان كلام
الواحد يصلح للعقد من الجانبين في النكاح اذا كان مأموراً به وفى البيع لا يتأتى مثل
هذا لان كلام الواحد لا ينعقد به البيع من الجانبين اذا لم يكن احدهما موليا عليه من الآخر
فأما الربا فى اللغة هو الزيادة يقال أربى فلان على فلان أى زاد عليه ويسمى المكان المرتفع ربوة
لزيادة فيه على سائر الامكنة وفى الشريعة الربا هو الفضل الخالى عن العوض المشروط في
البيع لما بينا أن البيع الحلال مقابلة مال متقوم بمال متقوم فالفضل الخالى عن العوض اذا
دخل في البيع كان ضد مايقتضيه البيع فكان حراما شرعاً واشتراطه في البيع مفسد للبيع
كاشتراط الخمر وغيرها والدليل على حرمة الربا الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (وحرم
الربا) وقد ذكر الله تعالى لآكل الربا خمسا من العقوبات (أحدها) التخبط قال الله تعالى
(لايقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس) قيل معناه ينتفخ بطنه يوم القيامة
بحيث لاتحمله قدماه وكلما رام القيام يسقط فيكون بمنزلة الذى أصابه مس من الشيطان
فيصير كالمصروع الذى لايقدر على أن يقوم وقد ورد بنحوه أثر عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم أنه قال يملاء بطنه ناراً بقدر ما أكل من الربا والمراد أن يفتضح على رؤس
الاشهاد كما أشار اليه رسول الله صلي الله عليه وسلم فى حديث آخر ان لواء ينتصب يوم
القيامة لاكلة الربا فيجتمعون تحته ثم يساقون الى النار (والثانى) المحق قال الله تعالى (يمحق
الله الربا) والمراد الهلاك والاستيصال وقيل ذهاب البركة والاستمتاع حتى لا ينتفع هو
به ولا ولده بعده (والثالث) الحرب قال الله تعالى (فاذنوا بحرب من الله ورسوله)
والمعنى من القراءة بالمد أعلموا الناس أكلة الربا إنكم حرب الله ورسوله بمنزلة قطاع

الطريق والقراءة بالقصر اعلموا ان أكلة الربا حرب الله ورسوله (والرابع) الكفر قال الله تعالى(وذروا مابقى من الربا ان كنتم مؤمنين)وقال تعالى(والله لا يحب كل كفار أثيم)أى كفار باستحلال الربا أثيم فاجر بأكل الربا(والخامس) الخلود فى النار قال الله تعالى (ومن عاد فاؤلئك أصحاب النار هم فيها خالدون) والسنة جاءت بتأييد ماقلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أكل درهم واحد من الربا أشد من ثلاث وثلاثين زنية يزنيها الرجل من نبت لحمه من حرام فالنار أولى به والمقصود من هذا الكتاب بيان الحلال الذى هو بيع شرعا والحرام الذى هو ربا ولهذا قيل لمحمد لا تصف فى الزهد شيئاً قال قد صنفت كتاب البيوع ومراده يبنت فيه مايحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب عن الحرام والرغبة فى الحلال ولهذا بدأ الكتاب بحديث رواه عن أبى حنيفة عن عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والملح بالملح مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والشعير بالشعير مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والتمر بالتمر مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا وهذا حديث مشهور تلقته العلماء رحمهم الله تعالى بالقبول والعمل به ولشهرته بدأ محمد ببعضه كتاب البيوع وببعضه كتاب الاجارات وببعضه كتاب الصرف ومثله حجة فى الاحكام تجوز به الزيادة على الكتاب عندنا ودار هذا الحديث على أربعة من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبى سعيد الخدرى ومعاوية بن أبى سفيان رضى الله عنهم مع اختلاف ألفاظهم ثم الحديث يشتمل على تفسير وحكم ومعنى يتعلق به الحكم في الفرع أما تفسير قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب أى بيع الذهب بالذهب أو بيعوا الذهب بالذهب لان الباء تصحب الاعواض والابدال فانه للالصاق فهو دليل فعل مضمر كقولنا بسم الله وقوله مثل بمثل روى بالرفع والنصب فمعنى الرواية بالرفع بيع الذهب بالذهب مثل بمثل ومعنى الرواية بالنصب بيعوا الذهب بالذهب مثلاً بمثل والمراد به المماثلة فى القدر دون الصفة وان كان مطلق اسم المماثلة يتناولهما ولكنه ذكر هذا الحديث فى أول كتاب الصرف وذكر مكان قوله مثل بمثل وزن بوزن فبذلك اللفظ يتبين أن المراد من هذا اللفظ المماثلة في الوزن وبهذا اللفظ يتبين أن المراد قوله وزن بوزن المماثلة قدراً لا وصفا وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه

بعضاً وفى حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه قال تبره وعينه سواء فهذا تنصيص على أن المراد المماثلة فى الوزن دون الصفة لان التبر لايساوى العين فى الصفة وانما يساويه من حيث المقدار وقوله يدا بيد يجوز أن يكون المراد به عين بعين لان التعيين يكون بالاشارة باليد ويجوز أن يكون المراد قبض بقبض لان القبض يكون باليد وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان المراد به القبض هنا لبيانه في حديث عمر رضي الله تعالى عنه فانه قال فى الصرف من يدك الى يده وان استنظرك الى خلف السارية فلا تنتظره وان وثب من السطح فثب معه ولكن الاصح ان المراد التعيين لانه لو كان المراد به القبض لقال من يد الى يد لانه يقبض من يد غيره فعرفنا ان المراد التعيين الا أن التعيين فى النقود لا يتم الا بالقبض لانها لا تتعين في العقود بالاشارة فكان اشتراط القبض لتحقيق التعيين المنصوص عليه واليه أشار فى حديث عمر رضي الله تعالى عنه بقوله ها وها أى هذا بهذا وقوله والفضل ربا يحتمل الفضل فى القدر ويحتمل الفضل فى الحال بان يكون أحدهما نقداً والآخر نسيئة وكل واحد منهما مراد باللفظ وقوله ربا أى حرام أى فضل خال عن العوض والمقابلة اما متيقنا به عند فضل القدر أو موهوم الوجود عادة لتفاوت بين النقدين والنسيئة في المالية وكذلك تفسير قوله الفضة بالفضة فأما قوله الحنطة بالحنطة مثل بمثل يحتمل المماثلة فى الكيل ويحتمل المماثلة في الصفة ولكنه فى كتاب الصرف ذكر مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل فتبين به أن المراد المماثلة من حيث القدر وفى حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه قال جيدها ورديها سواء فهو بيان أن المراد المماثلة فى القدر وقوله يدا بيد معناه عندنا عين بعين ولهذا لا يشترط التقابض في بيع الحنطة بالحنطة لان التعيين فيها يتم بالاشارة وقوله والفضل ربا يحتمل الفضل فى القدر ويحتمل الفضل فى الحال وكل واحد منهما مراد وقد فسر ذلك فى حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه فقال من زاد أو ازداد فقد أربى وكذلك الشعير والتمر والملح فأما الحكم فى الحديث حكمان حرمة النساء فى هذه الاموال عند المبايعة بجنسها وهو متفق عليه وحرمة التفاضل وهو قول الجمهور من الصحابة رضى الله تعالى عنهم الا التى روي عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه كان يجوّز التفاضل فى هذه الاموال ولا معتبر بهذا القول فان الصحابة رضي الله تعالى عنهم لم يسوغوا له هذا الاجتهاد على ما روى ان أبا سعيد الخدرى رضى الله

تعالى عنه مشى اليه فقال يا ابن عباس الى متى تؤكل الناس الربا أصحبت رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لم يصحب أسمعت منه ما لم يسمع فقال لا ولكن حدثني أسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ربا الا في النسيئة فقال والله لا آواني واياك ظل بيت ما دمت على هذا القول وقال جابر بن زيد رضى الله تعالى عنه ما خرج بن عباس رضى الله تعالى عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فان لم يثبت رجوعه فاجماع التابعين رحمهم الله بعده يرفع قوله فهذا معنى قولنا لا يعتد بهذا القول وتأويل حديث اسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مبادلة الحنطة بالشعير والذهب بالفضه فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ربا الا في النسيئة فهذا بناء على ماتقدم من السؤال فكان الراوى سمع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يسمع ما تقدم من السؤال أولم يشتغل بنقله وأما المعنى فنقول اتفق فقهاء الامصار رحمهم الله على ان حكم الربا غير مقصود على الاشياء الستة وان فيها معنى يتعدى الحكم بذلك المعنى الى غيرها من الاموال الا داود من المتأخرين وعثمان البتى من المتقدمين فان داود يقول حكم الربامقصور على هذه الاشياء الستة لانه لايجوز قياس غير المنصوص على المنصوص لاثبات الحكم وعند فقهاء الامصار رحمهم الله القياس حجة لتعدية الحكم الثابت بالنص والبتى يقول بأن القياس حجة ولكن من أصله انه لا يجوّز القياس على الاصول الا أن يقوم دليل فى كل أصل على جواز القياس عليه ولم يقم ذلك الدليل هنا وعند فقهاء الامصار رحمهم الله يجوز القياس على الاصول الا أن يقوم دليل يمنع القياس على كل أصل ثم قد قام الدليل هنا على جواز القياس فان مالك بن أنس واسحاق بن ابراهيم الحنظلي رحمهما الله رويا هذا الحديث وذكر في آخره وكذلك كل ما يكال ويوزن فهو تنصيص على تعدية الحكم الى سائر الأموال وفى حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لاتبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فانى أخشى عليكم الربا أى الربا ولم يرد به عين الصاع وانما أراد به مايدخل تحت الصاع كما يقال خذ هذا الصاع أي مافيه ووهبت لفلان صاعا أى من الطعام وفى حديث عامل خيبر رضى الله تعالى عنه انه أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تمراً جنيا فقال صلى الله عليه وسلم أو كل تمر خيبر هكذا فقال لا ولكنى دفعت صاعين من عجوة بصاع من هذا فقال صلى الله عليه وسلم أربيت هلا بعت تمرك

بسلعة ثم اشتريت بسلعتك تمرا ثم قال صلى الله عليه وسلم وكذلك الميزان يعنى مايوزن بالميزان فتبين بهذه الاثار قيام الدليل على تعدية الحكم من الاشياء الستة لا غيرها وهذا بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم خمس فواسق يقتلن فى الحل والحرم ثم لم يجوز قياس ماسوى هذا الخمس على الخمس لان التعليل لتعدية حكم النص الى غير المنصوص لا لابطال المنصوص وقد نص فى ذلك الحديث على ان الفواسق خمس فلو اشتغلنا بالتعليل كان أكثر من خمس فيكون ابطالا للمنصوص وهنا ليس في الحديث أن مال الربا ستة أشياء ولكن ذكر حكم الربا فى الاشياء الستة فالاشتغال بالتعليل لا يؤدى الى ابطال المنصوص عليه فلهذا جوزنا ذلك وفائدة تخصيص هذه الاشياء بالذكر أن عامة المعاملات يومئذ كان بها على ما جاء فى الحديث كنا نتبايع في الاسواق بالاوساق والمراد به مايدخل تحت الوسق مما يكثر الحاجة اليه وهى الاشياء المذكورة ثم اختلفوا بعد ذلك فى المعنى الذى يتعدى الحكم به الى سائر الاموال قال علماؤنا رحمهم الله تعالى الجنسية والقدر عرفت الجنسية بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والحنطة بالحنطة. والقدر بقوله صلى الله عليه وسلم مثل بمثل ويعنى بالقدر الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن وظن بعض أصحابنا رحمهم الله تعالى ان العلة مع الجنس الفضل على القدر وذلك محكى عن الكرخى ولكنه ليس بقوى فانه لا يجوز اسلام قفيز حنطة فى قفيز شعير ولا تثبت حرمة النساء الا بوجود أحد الوصفين ولو كانت العلة هى الفضل لما حرم النساء هنا لانعدام الفضل فعرفنا ان العلة نفس القدر مع الجنس وقال مالك رضى الله عنه العلة الاقتيات والادخار مع الجنس وقال ابن سيرين تقارن المنفعة مع الجنس وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه فى القديم العلة في الاشياء الاربعة الكيل والطعم وقال فى الجديد العلة هى الطعم وفى الذهب والفضة العلة الثمنية وهو انهما جوهر الاثمان والجنسية عنده شرط لاتعمل العلة الا عند وجودها ولهذا لا يجعل للجنسية أثرا فى تحريم النساء فحاصل المسئلة أن بيع كل مكيل أو موزون بجنسه لا يجوز عندنا الا بعد وجود المخلص وهو المماثلة فى القدر وأن يكون عينا بعين وعنده بيع كل مطعوم بجنسه وكل ثمن بجنسه حرام الا عند وجود المخلص وهو المساواة فى المعيار الشرعى وأن يكون قبضا بقبض فى المجلس والحاصل ان حرمة البيع في هذه الاموال أصل عنده والجواز يعارض المساواة في المعيار مع القبض في المجلس وعندنا اباحة البيع فى هذه الاموال أصل كما فى سائر الاموال والفساد يعارض

(١) - تقارب

انعدام المماثلة بوجود الفضل الخالى عن العوض متيقنا به أو موهوما احتياطا والمقصود من التعليل عنده منع قياس غير المطعومات علي المطعومات وغير الثمن علي الثمن بناء علي أصله أن التعليل صحيح لاثبات حكم الاصل والمنع من الحاق غيره به وعندنا التعليل لتعدية حكم النص الى غير المنصوص فالحكم فى المنصوص ثابت بالنص لا بالعلة لان الثابت بالنص مقطوع به والمنع بظاهر النص ثابت فالاشتغال بالتعليل يكون لغواً عندنا وبيان هذا الاصل اذا باع تفاحة بتفاحتين عنده لايجوز لان الحرمة هى الاصل فى بيعها والحل يثبت بعارض بوجود المساواة في المعيار الشرعى ولم يوجد فلا يجوز وعندنا يجوز لانعدام الفضل علي القدر وهو المعيار الشرعى والحرام هو الفضل على القدر ولم يوجد فيجوز لان الجواز أصل فى البيع والحرمة تثبت بعارض انعدام المماثلة في القدر وهو المعيار الشرعي وهذا لامعيار له فيجوز العقد ولو باع قفيز جبس بقفيزى جص عندنا لايجوز لوجود الجنسية والقدر وعنده يجوز لعدم الطعم ولو باع حفنة بحفنتين عنده لايجوز لكونه مطعوما وقد عدمت المساواة فى المعيار الشرعى وعندنا يجوز لعدم الكيل مع الجنس ولو باع منا سكر بمنوى سكر عندنا لا يجوز لوجود الجنس مع القدر وعنده لايجوز أيضاً لوجود الطعم مع الجنس ولو باع منا قطن بمنوى قطن عندنا لا يجوز لوجود الجنسية والقدر وعنده يجوز لعدم الطعم وحجة الشافعى لاثبات أصله ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الا سواء بسواء وفى رواية قال لاتبيعوا البر بالبر الا سواء بسواء ففى هذا بداية ببيان النهى والمنع لواقتصر على قوله لا تبيعوا لم يجز بيع أحدهما بالآخر بحال. فبه تبين أن حرمة البيع أصل وان الجواز بعارض المساواة بين ذلك بقوله الا سواء بسواء والمراد المساواة فى القدر ثم اسم الطعام يتناول القليل والكثير وما يكال من الاطعمة ومالا يكال فثبت حرمة البيع فى جميع ذلك وتبين بهذا أن التعليل بالقدر يوجب تخصيص الاصل المعلل وذلك باطل، وكذلك فى الحديث المشهور قال الحنطة بالحنطة فهذا اللفظ يتناول القليل والكثير وقوله صلي الله عليه وسلم مثلا بمثل نصب على الحال أى انما يكون بيعاً فى حالة ما يكون مثلا بمثل والمراد المماثلة فى القدر فتبين به أيضا أن الحرمة أصل فيها وأن الحل بعارض المماثلة فى القدر وليس المراد بالربا الزيادة فقد قال عمر رضى الله عنه ان آية الربا آخر مانزل وقبض رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل[1] أن يبين لنا شأنها وان من الربا أبوابا لايكدن يخفين علي أحد منها السلم فى الاسنان فتبين بهذا انه علم ان الاسم غير

(١) انه يبين لنا

عما عليه مقتضى اللغة وانه ليس المراد من الربا الزيادة فانه ليس فى السلم فى السن زيادة خالية عن العوض وقد جعله من الربا الذى لايكاد يخفى على أحد ولئن كان المراد الزيادة فانما أراد فضلا قائماً فى الذات لان المطعوم اذا قوبل بجنسه لا يتساويان فى الطعم الا نادراً ولا ينبنى الحكم عن النادر فذلك الفضل القائم في الذات حرام وربا الا أنه سقط اعتباره شرعا بالمساواة في القدر تيسيراً على الناس فتبين بهذا أن الحرمة أصل أيضاً وفى ذكر الطعام ما يدل على أن العلة هى الطعم لان الطعام اسم مشتق منه معنى والحكم اذا علق باسم مشتق من معنى فالمعنى الذى اشتق منه الاسم هو العلة للحكم كما في قوله تعالى (الزانية والزانى) وفى قوله تعالى (السارق والسارقة) ومن حيث الاستدلال وهو أن الشرع شرط لجواز البيع فى هذه الاموال شرطين المساواة واليد باليد فعرفنا أن الموجب لهذين الشرطين معنى فى المحل ينبيء عن زيادة شرطين الولى والشهود كان ذلك دليلا على أن الموجب للشرطين معنى في المحل ينبيء عن زيادة خطر وهو أن المستحق به ما فى حكم النفوس ثم هنا المعنى ينبيء عن الخطر في الذهب والفضة الثمنية لانهما خلقا لذلك وبالثمنية حياة الاموال والمعنى ان الذى ينبيء عن زيادة الخطر فى الاشياء الاربعة الطعم لان بالطعم حياة النفوس فعرفنا ان العلة الموجبة لهذين الشرطين الطعم والثمنية ولهذا جعلنا الجنسة شرطاً لا علة لان الحكم يدور مع الشرط وجوداً وعدماً كما يدور مع العلة والفرق بينهما بالتأثير فاذا لم يكن فى الجنسية ماينبيء عن زيادة الخطر ولايثبت الحكم الا عند وجوده جعلناه شرطا لا علة وبهذا تبين فساد التعليل بالقدر فانه لاينبيء عن زيادة خطر فى المحل لان الجص شيء هين يكال فلا يتعلق به حياة نفس ولا مال انما هو معد لتزين البناء ولان الشرع ذكر عند بيان حكم الربا جميع الاثمان وهى الذهب والفضة وذكر من المطعومات أنفس كل نوع فالحنطة أنفس مطعوم بنى آدم والشعير أنفس علف الدواب والتمر أنفس الفواكه والملح أنفس التوابل فلما أراد المبالغة فى بيان حكم الربا ولم يمكنه ذكر جميع المطعومات نص من كل نوع على أعلاه ليبين بذلك أن العلة هى الطعم فاما اذا جعل العلة القدر تمحض ذكر هذه الاشياء تكراراً لان صفة القدر لا تختلف فى الاشياء الاربعة وحمل كلام صاحب الشرع على ما يفيد أولى ولهذا قال مالك العلة الاقتيات لانه خص بالذكر كل مقتات مدخر وقال ابن سيرين العلة تقارب المنفعة لوجود ذلك فى الاشياء المذكورة فان الحنطة مع الشعير تتقارب فى المنفعة

فاذا ثبت ان العلة هى الطم والثمنية امتنع قيـاس غير المطعوم على المطعومات وغير الاثمان علي الاثمـان لانعدام العلة فيها ولما جعل الشرع القدر معتبراً في الخلاص عن الربا لا يجوز اعتبار ذلك بعينه في الوقوع فى الربا لاستحالة ان يتضمن الشئ حكمين متضادين بل القدر فى المقدرات بمنزلة العدد فى المعدودات والزروع فى المزروعات فـكما لا يصلح جعل علة ذلك للربا فـكذلك القدر، وحجتنا فى المسئلة ما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال بعد ذكر الاشياء الستة بصفة الـكيل والوزن فذلك دليل على ان العلة فيها الكيل والوزن وان لم تثبت هذه الزيادة فقوله الحنطة بالحنطة معناه بيع الحنطة بالحنطة و البيع لا يجرى باسم الحنطة فالاسم يتناول الحبة الواحدة ولا يبيعها أحد وانما يعرف ماليتها ولو باعها لم يجز لانها ليست بمال متقوم فعلم ضرورة أن المراد الحنطة التى هى مال متقوم ولا يعلم ماليتها الا بالـكيل فصارت صفة الـكيل ثابتة بمقتضي النص وكذلك قوله الذهب بالذهب فالاسم قائم بالذرة ولا يبيعها أحد وانما تعرف ماليتها بالوزن كالشعيرة ونحو ذلك فصارت صفة الوزن ثابتة بمقتضى النص فـكانه قال الذهب الموزون بالذهب والحنطة المـكيلة بالحنطة والصفة من اسم العلم يجرى مجرى العلة للحكم كقوله صلى الله عليه وسلم فى خمس من الابل السائمة شاة وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمنصوص ألا ترى انه لو قال غصبت من فلان شيئا يلزمـه ان يبين مالا متقوما لثبوت صفة المالية بمقتضى الغصب وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الطعام بالطعام ذكر الطعام عند ذكر البيع فلا يتناول الا الحنطة ودقيقها كمن وكل وكيلا بان يشترى له طعاما فاشترى فاكهة يصير مشتريا لنفسه وهـذا لان سوق الطعام الذى يباع فيه الحنطة ودقيقها، وبائع الطعام من يبيع الحنطة ودقيقها، وهذا من أبواب الـكتاب ليس من فقه الشريعة فى شيء وأما الـكلام فى المسئلة من حيث الاستدلال فينبنى علي معرفـة النص فنقول حكم نص الربا وجوب المماثلة فى المعيار شرط لجواز العقد ثم ضرورة الفضل لعدم تلك المماثلة ربا لوجوب المماثلة لا كما قاله الخصم ان الحكم حرمة فضل فى الذات ثم المماثلة شرط لازالة فضل حرام والدليل علي ما قلنا ان النبي صلي الله عليه وسلم قال الحنطة بالحنطة مثل بمثل فقد أوجب المماثلة لجواز العقد ثم جعل الفضل بعد تلك المماثلة بقوله عليه الصلاة والسلام والفضل ربا وفى الحديث الآخر قال لا تبيعوا البر بالبر الا سواء بسواء وبالاجماع المساواة فى الكيل فعرفنا ان المراد اشتراط المماثلة لجواز العقد لان الـكلام المقيد بالاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى فيكون

المعنى فساد البيع عند عدم المماثلة التي هي واجبة واذا ثبت ان الحكم وجوب المماثلة ولا يتصور ثبوت الحكم بدون محله عرفنا ان المحل الذي لا يقبل المماثلة لا يكون مال الربا أصلا والحفنة والتفاحة لا تقبل المماثلة بالاتفاق فلم يكن مال الربا والدليل عليه أن صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم ما نص على حكم الربا الا مقرونا بالمخلص فكل علة توجب الحكم في محل لا يقبل المخلص أصلا فهي علة باطلة والطعم بهذه الصفة فانها توجب الحكم في الرمان والسفرجل ولا يتصور فيه المخلص وكذلك قوله لاتبيعوا البر بالبر الا سواء بسواء كلام مقيد بالاستثناء والمستثنى من جنس المستثنى منه لان الاستثناء لاخراج مالولاه لكان الكلام متنا ولاله وان كان المستثنى الكثير القابل للمماثلة لا يتناوله الحديث أصلا فان قال هو استثناء مقطوع بمعنى لكن أي جعلتموه سواء بسواء فبيعوا أحدهما بالآخر قلنا هذا مجاز ولا يترك العمل بالحقيقة الا عند قيام الدليل وباعتبار الحقيقة يتبين أن حكم النص وجوب المماثلة فيما يختص بمحل قابل للمماثلة والدليل عليه أنه لو باع قفيز حنطة يملكه بقفيز حنطة ارخوة أوقد أكلها السوس يجوز وقد تيقنا بفضل في الذات ومع ذلك جاز العقد لوجود المماثلة في القدر فان قال سقط اعتبار الفضل القائم في الذات لوجود المساواة في القدر قلنا هذا جائز ولكن عند قيام الدليل فاذا أمكن أن يجعل الحكم في الذات وجوب المماثلة والفضل الذي هو ربا بعد تلك المماثلة فلا حاجة بنا الى اسقاط ما هو موجود حقيقة خصوصاً فيما اذا بنى أمره على الاحتياط وهو الربا والذي قال ان الاسم غير عما عليه مقتضي اللغة ممنوع فانه دعوى المجاز أيضاً فلا يمكن اثباته أيضاً الا بدليل فاما حديث عمر رضي الله عنه فله تأويلان (أحدهما) أن المراد بقوله وان من الربا أبوابا لا يكدن يخفين على أحد منها السلم في السن ما كانوا اعتادوا في الجاهلية أن الواحد منهم يسلم في ابنة مخاض فاذا حل الاجل زاده في السن وجعله ابنة لبون ليزيده في الاجل ثم يزيده الى سن الحقة والجذعة وفي ذلك نزل قوله تعالى (ولا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة) فتلك الزيادة خالية عن عوض هو مال ولهذا قال انه من الربا الذي لا يكاد يخفى على أحد (والثاني) أن المراد السلم في الحيوان والحيوان مما يتفاوت والمسلم فيه دين فانما يصير معلوما بذكر الوصف ورأس المال بمقابلة الاوصاف المذكورة عند العقد ثم عند القبض يتمكن التفاوت في المالية بين المقبوض والموصوف عند العقد لامحالة فتلك الزيادة كانها خالية عن عوض هو مال ولهذا جعل

من الربا الذى لا يكاد يخفى على أحد وان سلموا أن حكم النص وجوب المماثلة لا يبقى لهم شئ لان وجوب المماثلة لا تكون الا في محل قابل للمماثلة وان لم يسلموا فالدليل على اثبات هذه القاعدة أن الاموال أنواع ثلاثة متفاوتة في نفسها كالثياب والدواب فلا تجب المماثلة فيها للمبايعة وامثال متقاربة كالسهام ولا تجب المماثلة فيها أيضاً للمبايعة وأمثال متساوية كالفلوس الرائجة وتجب المماثلة فيها حتى اذا باع فلسا بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما لايجوز للرسنة فان بيع فلس بفلس جائز بل لوجوب المماثلة فان أحدى الفلسين يبقى بغير شىء لما كانت أمثالا متساوية بصفة الرواج فيكون ذلك ربا واذا كان كل واحد منهما بعينه فكأن المتعاقدين أعرضا عن الاصطلاح على كونها أمثالا متساوية ولهذا يتبين بالتعيين فتصير أمثالا متقاربة كالجوز والبيض اذا عرفنا هذا فنقول الشرع هنا نص على اشتراط المماثلة في هذه الاموال، فعرفنا أنها أمثال متساوية وانما تكون أمثالا متساوية بالجنس والقدر لان كل حادث فى الدنيا موجود بصورته ومعناه فانما بطلت المماثلة من هذين الوجهين والمماثلة صورة باعتبار القدر لان المعيار في هذا المقدار كالطول والعرض والمماثلة معنى باعتبار الجنسية ولكن هذه المماثلة لا تكون قطعاً الا بشرط وهو سقوط قيمة الجودة منها لجواز أن يكون احدهما أجود من الآخر واذا سقطت قيمة الجودة منها صارت أمثالا متساوية قطعاً فانما يقابل البعض بالبعض فى البيع من حيث الذات فاذا كان في أحد الجانبين فضل كان ذلك الفضل خاليا عن المقابلة كالخيطين اذا تقابلا وأحدهما أطول فتلك الزيادة تكون خاليه عن المقابلة والفضل الخالى عن المقابلة ربا فاذا جعل شرطا فى العقد فسد به العقد وهكذا فى سائر الاموال الا ان الفضل الخالي عن المقابلة هناك انما يظهر بالشرط حتى لو باع ثوبا بثوب بشرط ان يسلم له مع ذلك ثوبا آخر لايجوز لان هناك الفضل يظهر بالشرط وهنا يظهر شرعا لوجوب المماثلة فثبت بما قررنا ان العلة لهذا الحكم بالتأثر فى ايجاب المماثلة وهو الجنس والقدر وان شرط عمل العلة سقوط قيمة الجودة منها وهذا شرط عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء وبدليل مجمع عليه وهو انه لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة ردية ودرهم لا يجوز وما كان مالا متقوما يجوز الاعتياض عنه كالبيع وانما يجوز الاعتياض عما فسد بتقومه شرعا كالخمر ونحو ذلك فلما لم يجز الاعتياض عن الجودة هنا عرفنا انه لا قيمة للجودة عند المقابلة بالجنس ثم اثبات الحكم بهذا الطريق يكون على موافقة الاصول وعلى

ما يدعيه الخصم ان الحكم حرمة فضل في الذات يكون اثبات الحكم على مخالفة الاصول فالبيع ما شرع الا لطلب الربح والفضل فالفضل الذي يقابله العوض حلال ككسبه بالبيع فكيف يستقيم ان يجعل حراما بالرأى وان أردت تحرير النكتة قلت التفاح والرمان مالم يسقط قيمة الجودة منه عند المبايعة فيجوز بيع بعضه ببعض كيف ما كان كالثياب والدواب ثم تقريره من الوجه الذى ذكرنا وبهذا يطل فى القليل من الحنطة كالحفنة ونحوها فان قيل كيف يستقيم هذا ولو غصب من آخر حفنة من حنطة فنقصت عنده ليس للمغصوب منه ان يضمنه النقصان مع أخذ حنطته ولو كان للجودة منها قيمة لكان له ذلك كما فى التفاح والرمان والثياب ونحوها قلنا الواجب على الغاصب ضمان القيمة لان الحفنة ليست من ذوات الامثال فان المماثلة بالمعيار وليس للحفنة معيار فعرفنا ان الواجب هو القيمة وقد بينا ان المالية والقيمة فى الحنطة لا تعلم الا بالكيل فلا بد من اظهار قيمة هذا المغصوب من اعتبار الكثير وهو القفيز وعند اعتبار ذلك لا قيمة للجودة فلا يمكن معرفة النقصان ليوجب ذلك على الغاصب ويمكن معرفة القيمة بالحرز فيوجب القيمة ويكون شرط الاستيفاء تسليم العين الى الغاصب فاذا أراد استرداد العين لم يكن له أن يرجع بشيء كما لو قطع يد عبد عند انسان فأراد المولى امساك العبد لم يرجع بشيء على قول أبى حنيفة وعلى هذا الاصل قلنا لو باع حفنة بقفيز لا يجوز أيضا لان القفيز لا قيمة للجودة منه فتكون المقابلة باعتبار الذات فيظهر الفضل الخالى عن المقابلة بخلاف الحفنة بالحفنتين فكل واحد منهما يقابل الآخر فى البيع والشراء من غير اعتبار القفيز وبدون اعتباره للجودة قيمة فلا يظهر الفضل الخالى عن المقابلة ويتبين بما ذكرنا فساد علة الخصم بالطعم والثمنية فانها علة قاصرة لا تتعدى الى الفروع ولانها تثبت الحكم على مخالفة الاصول ولان الطعم عبارة عن أعظم وجوه الانتفاع بالمال وكذلك الثمنية فانها تنبيء عن شدة الحاجة اليه وتأثير الحاجة فى الاباحة لا في الحرمة كتناول الميتة تحل باعتبار الضرورة ولا معنى لما قال ان الشرع ماحرم البيع فى هذه الاموال الا ماحرم فى سائر الاموال وهو الفضل الخالى عن المقابلة وهذا لان هذه الاموال بذلة كسائر الاموال حتى يجوز تناولها بدون الملك بالاباحة وبالملك بغير عوض وهو الهبة بخلاف البضع فانه مصون عن الابتذال يلحق بالنفوس فيجوز ان يشترط فى النكاح زيادة شرط لاظهار خطر المحل وبهذا تبين فساد ما قال ان الاسم المشتق

من فعل اذا علق به الحكم يصير ذلك الفعل علة لانه انما يكون ذلك الفعل علة اذا كان صالحا له كالزنا والسرقه واذا كانت الثمنيه والطعم ينبئان عن شدة الحاجه فلا يصلحان ان يكونا علة للحرمة والذى قال ان صاحب الشرع نص على الاشياء الاربعة قانا قد نص على الاشياء الستة وعطف بعضها على البعض فينبغى ان تكون العلة فى الكل واحدة وذلك الجنس والقدر ثم الكيل والوزن اختلاف عبارة فى القدر كالصاع والقفيز ونحوه فاما اذا كانت العلة في النقود الثمنية وفى سائر الاشياء الاربعة الطعم لم يستقيم عطف بعضها على البعض اذ لا موافقة بين الثمنية والطعم والذى قال القدر علة للخلاص لا كذلك قد بينا أن جواز البيع فى هذه الاموال أصل لحيث مفسد انما يفسد لوجود العلة المفسدة لذلك فاما جواز باعتبار الاصل لا باعتبار المخلص ولئن كان هذا مخلصا فهو مخلص فى حالة التساوى وعلة الربا فى حالة الفضل والشيء الواحد يتضمن حكمين في محلين كالنكاح يثبت الحل للمنكوحه والحرمه في أمها وانما جعلنا القدر مخلصا لان الخلاص عن الربا بالمساواة فى القدر وذلك لا يعرف الا بالكيل والوزن فكذلك الوقوع في الربا بالفضل على القدر وذلك لا يعرف الا بالكيل والوزن وربما يقول بعضهم ان الحفنه مقدرة الا أنه لا يمكن معرفه مقدارها الا بضم أمثالها اليها ولا تخرج به من أن تكون مقدارا كالصبرة وهذا فاسد فان المقدر لا يمكن معرفه مقداره فاذا ضم الى الحفنه أمثالها وكيلت يصير مقدار القفيز معلوما لا مقدار الحفنه بخلاف الصبرة فانها اذا فرقت جزاء وكيلت يصير مقدار الصبرة معلوما فأما علة ربا النساء أحد هذين الوصفين اما الجنس أو القدر ثبت ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم بعد الاشياء السته واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فقد ألغي ربا النساء بعد انعدام الجنسيه لبقاء أحد الوصفين والشافعى لا يخالفنا فيما هو العلة عنده أيضا وانما يخالفنا فى الجنسيه بناء على أصله ان الجنسيه شرط لا علة وسنبين هذا الفصل في الفصل الثانى ان شاء الله تعالى وعن ابراهيم قال أسلم ما يكال فيما يوزن وأسلم ما يوزن فيما يكال ولا تسلم بالوزن فيما يوزن ولا ما يكال فيما يكال واذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به واحدا باثنين يدا بيد ولا بأس به نسيئة وان كان من نوع واحد مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد يدا بيد ولا خير فى نسيئته ونقول أما قوله أسلم ما يكال فيما يوزن غير مجري على ظاهره بل المراد اذا كان الموزون مما يصلح ان يكون مسلما فيه

بان يكون مبيعاً مضبوطاً بالوصف حتى اذا أسلم الحنطة في الذهب والفضة لا يجوز عندنا وللشافعي قول في القديم ان ذلك يجوز بناء على مذهبه ان النقد يصلح أن يكون مبيعا حتى يتعين بالتعين فأما عند الذهب والفضة لا يصلح أن يكون مبيعا حتى يتعين بالتعيين والمسلم فيه مبيع فاذا لم يكن هذا أسلما . قال عيسى ابن إبان يكون هذا عقدا باطلا وكان أبو بكر الاعمش يقول انه بيع الحنطة بدراهم مؤجلة فيكون صحيحاً لان تحصيل مقصود المتعاقدين بحسب الامكان واجب وقد قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم مؤجلة وما ذكره عيسى أصح لان المعقود عليه فى السلم المسلم فيه فانما يشتغل بتصحيح العقد فى المحل الذي أوجبا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه لتصحيحه فى محل آخر لانهما لم يوجبا العقد فيه وقوله وأسلم ما يوزن فيما يكال مجرى علي ظاهره فان إسلام المكيل فى الموزون جائز على كل حال لانعدام الوصفين جميعاً اذ لا اتفاق بين البدلين فى الجنس ولا فى القدر والموزون غير المكيل وقوله ولا تسلم مايوزن فيما يوزن غير مجرى على ظاهره أيضاً بل المراد اذا كانا متفقين فى المعنى بان كانا مثمنين كالزعفران مع القطن فاما اذا كان مختلفين في المعنى فذلك جائز كما لو أسلم النقود فى الزعفران أو الحديد أو القطن فانه يجوز والعراقيون من مشايخنا رحمهم الله يقولون الجواز للحاجة لان رأس المال يكون من النقود عادة والحاجة تمس الي اسلامها في الموزونات والمكيلات جميعاً ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل الشرعية ولسنا نقول به بل نقول اتفاقهما فى الوزن صورة لا معنى وحكما فان الوزن فى النقود ليس نظير الوزن في الزعفران فان الزعفران يوزن بالامناء ويكون مثمناً يتعين فى العقود والنقد يوزن بالصنجات ويكون ثمنا لا يتعين في العقد ومن حيث الحكم صفة الوزن يلزم فى الزعفران حتى لو اشترى زعفرانا بشرط الوزن ليس له أن يتصرف فيه قبل أن يزنه ولا يلزم في النقود حتى لو باع شيئاً بدرهم بشرط الوزن كان له ان يتصرف فيه قبل أن يزنه فما كان هذا الا نظير الموزون مع المكيل فانهما استويا من حيث ان كل واحد منهما مقدر صورة ولكن لما اختلفا فى المعنى والحكم جوز اسلام أحدهما فى الآخر فكذلك النقود مع سائر الموزونات وقوله ولا ما يكال فيما يكال مجرى على ظاهره فان إسلام المكيل فى المكيل لا يجوز بحال لاتفاقهما فى قدر واحد وقوله واذا اختلفا النوعان مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به واحداً باثنين يداً بيد هذا مجرى على ظاهره لانعدام

العلة المحرمة للفضل وقوله ولا بأس به نسيئة هذا غير مجرى على ظاهره ولكن المراد اذا كان ما يجعل مسلما فيه يصير مضبوطا بالوصف على وجه يلتحق بذكر الوصف بذوات الامثال حتى لو أسلم ثوبا في جوهرة أو درة لا يجوز وكذلك فى الحيوان عندنا وقوله وان كان من نوع واحد مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد هذا مجرى على ظاهره وهو متفق عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لا بأس ببيع النجيبة بالابل والفرس بالافراس يداً بيد وقوله لاخير فيه نسيئة هو قول علماؤنا رحمهم الله فان الجنس عندنا يحرم النساء بانفراده حتى لو أسلم ثوباً هرويا فى ثوب هروى لا يجوز عندنا وعند الشافعى يجوز وكان مالك رحمه الله يقول إن اختلفا فى الصفة يجوز فكأنه يجعل اختلاف الجنس باختلاف الصفة ولو أسلم هرويا فى مروى جاز عندنا وعند ابن أبى ليلى لا يجوز فكأنه يجعل اختلاف الجنس باختلاف الاصل فاما اذا اتحد الاصل فالكل عنده جنس واحد أو باعتبار تقارب المنفعة يجعل الهروى والمروى جنسا واحداً وقد نقل ذلك عنه فى الحنطة والشعير أيضا أنهما من جنس واحد لتقارب المنفعة لكن هذا بعيد فان النبي صلى الله عليه وسلم عطف الشعير على الحنطة ثم . قال (واذا اختلفا النوعان فكذلك بيان أنهما جنسان) وكذلك المصنوع من أصل لا يكون جنسا للاصل كالقطن مع الثوب فكيف يكون جنسا لمصنوع آخر على هيئة أخرى من ذلك الاصل فعرفنا أن باتحاد الاصل لا تثبت المجانسة وباختلاف الصفة لا تنعدم المجانسة أيضا كما فى الاموال الربوية فالحنطة العفنة مع الحنطة الجيدة جنس واحد وكذلك السقى مع التجنبي والفارسى مع الدقل فى التمر جنس واحد مع اختلاف الوصف فأما الشافعى فانما بنى مذهبه على ماقلنا أن الجنسية عنده شرط وقد بينا فساد ذلك وعلى سبيل الابتداء يحتج بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا ففرت الابل فأمرنى أن اشترى بعيراً ببعيرين الى أجل وعن على رضى الله تعالى عنه انه باع بعيراً يقال له عصفور بعشرين بعيراً الى أجل وعن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انه باع بعيراً بأربعة أبعرة الي أجل ولان هذا عقد جمع بين بدلين لو قوبل كل واحد منهما بجنسه عينا حل التفاضل بينهما فيجوز اسلام أحدهما في الآخر كالهروى مع المروى وتأثير هذا الكلام أن باعتبار التأجيل فى أحد البدلين يظهر التفاوت فى المالية حكما والتفاوت في المالية حقيقة أكثر تأثيراً من التفاوت في المالية حكما فاذا كان التفاوت فى المالية في هذه

الاموال حقيقة لا أثر له في المنع من جواز العقد فالتفاوت حكما أو الى وهذا لان حكم الربا في خاص من الاموال وجعل الجنسية علة تؤدى الى تعميم حكم الربا فى كل مال فما من مال الا وله جنس فما كانت الجنسية الا نظير المالية ثم لا يجوز جعل المالية علة الربا فكذلك الجنسية وحجتنا في ذلك ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يحمل هذا علي النسيئة من الجانبين لان ذلك يستفاد بنهيه صلي الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ ولانه اذا قيل باع فلان عبده بالحيوان نسيئة فانما يفهم منه النسيئة فى البدل خاصة ومطلق الكلام محمول على ما يتفاهمه الناس وتأويل ما رووا من الا ثار أنه كان قبل نزول آية الربا وكان ذلك فى دار الحرب وعندنا لا يجوز الربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب فتجهيز الجيش وان كان فى دار الاسلام تقل الالات كما لوكان في دار الحرب لعزتها فى دار الاسلام يومئذ ولان النبي صلى الله عليه وسلم سوى بين الجنسية والقدر فى أول الحديث ثم . قال (واذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد فقد أبقى ربا النساء لبقاء ما هو قريبه وهو الجنس فكان ذلك تنصيصا على ثبوب ربا النساء عند وجود الجنسية) لانه متى ثبتت المساواة بين الشيئين بالنص ثم خص جنس أحدهما بحكم كان ذلك تنصيصا علي ذلك الحكم فى الآخر كالرجل يقول اجعل زيداً وعمرا فى العطية سواء ثم يقول اعط زيداً درهما يكون ذلك تنصيصا على أن يعطى عمرا أيضاً درهما ولا يستقيم اعتبار ربا النساء بربا الفضل لاتفاقنا على ان ربا النساء أعم حتى يثبت فى بيع الحنطة بالشعير وان كان لا يثبت ربا الفضل وليس الجنس كالمالية لان جعل المالية علة تؤدى الى تعميم الربا في البيوع كلها لان البيع لايجوز الا فى مال متقوم والشرع فصل بين البيع والربا فعرفنا أن المالية ليست بعلة فيه وليس فى جعل الجنسية علة تعميم الربا فى العقود كلها والقياس على أصول تنعدم فيها الجنسية باطل لان انعدام الحكم عند عدم العلة دليل صحة العلة لا دليل فسادها ولان إسلام الشيء فى جنسه يؤدى الى اخلاء العقد عن الفائدة والى أن يكون الشيء الواحد عوضاً ومعوضاً والى فضل خال عن العوض مستحق بالبيع وذلك باطل بيانه أنه إذا أسلم ثوبا هرويا فى ثوب هروى فانه يلزم تسليم رأس المال فى الحال ثم اذا حل لاجل يرد ذلك الثوب بعينه والمقبوض بحكم السلم فى حكم عين مايتناوله العقد فلو جوزنا هذا العقد لم يكن مفيداً شيئاً ويكون الثوب الواحد عوضاً ومعوضاً واذا أسلم ثوبا هرويا فى ثوبين هرويين لوجوزنا

ذلك لكان إذا حل الاجل أخذ منه ذلك الثوب بعينه وثوبا آخر فالثوب الآخر يكون فضلا خالياً عن العوض مستحقا بالبيع وهو الربا بعينه قال (واذ أسلم الرجل فى الطعام كيلا معلوماً وأجلا معلوماوضربا من الطعام وسطاً أورديا أوجيداً واشترط المكان الذى يوفيه فيه فهو جائز) . قال رحمه الله تعالى (إعلم بان السلم أخذ عاجل بآجل وهو نوع بيع لمبادلة المال بالمال اختص باسم) لاختصاصه بحكم بدل الاسم عليه وهو تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخر كالصرف وقيل السلم والسلف بمعنى واحدوانما سمى هذا العقدبه لكونه معجلا على وقته فان أوان البيع مابعد وجود المعقود عليه فى ملك العاقد وانما يقبل السلم فى العادة فيما ليس بموجود فى ملكه فلكون العقد معجلا على وقته سمى سلما وسلفا والقياس يأبى جوازه لانه بيع المعدوم وبيع ماهو موجود غير مملوك للعاقد باطل فبيع المعدوم أولى بالبطلان ولكنا تركنا القياس بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) وقال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أشهد ان السلم المؤجل فى كتاب الله تعالى أنزل فيه أطول آية وتلى هذه الآية والسنة ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم ففى هذا دليل أنه جوزه للحاجة مع قيام السبب المعجز له عن التسليم وهو عدم وجوده فى ملكه ولكن بطريق اقامة الاجل مقام الوجود فى ملكه رخصة لان بالوجود فى ملكه يقدر على التسليم وبالاجل كذلك فانه يقدر على التسليم إمابالتكسب فى المدة أو مجئ أوان الحصاد فى الطعام وفى الحديث عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فوجدهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين فقال صلواة الله تعالى عليه من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فقد قررهم على أصل العقد وبين شرائطه فذلك دليل جواز العقد ثم الشرائط التى يحتاج الى ذكرها فى السلم عند أبى حنيفة سبعة (اعلام) الجنس فى المسلم فيه (واعلام النوع) (واعلام القدر) و(اعلام الصفة) و(اعلام الاجل) و(اعلام المكان) الذى يوفيه فيه فيماله حمل ومؤنة واعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد على قدره والاصل فى هذه الشرائط الحديث الذى روينا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر باعلام القدر بأن ترك إعلامه يفضي الى المنازعة التى تمنع البائع عن التسليم والتسلم فدل ذلك عن ان كل جهالة تفضى الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم يجب ازالتها بالاعلام وجهالة الجنس تفضى الى ذلك لانه اذا أسلم فى شئ

فرب السلم يطالبه باعلا الاشياء والمسلم اليه لا يعطى إلا أدنى الاشياء ويحتج كل واحد منهما
على صاحبه بمطلق الاسم فلا بد من اعلام الجنس لقطع هذه المنازعة وكذلك اعلام النوع فانه
إذا أسلم اليه فى تمر فالمسلم اليه يعطيه الدقل ورب السلم يطالبه بالفارسي ويحتج كل واحد منهما
على صاحبه بمطلق الاسم فلا بد من اعلام النوع لقطع هذه المنازعة وكذلك اعلام الصفة
لانه اذا أسلم اليه في الحنطة فرب السلم يطالبه بحنطة جيدة والمسلم اليه لا يسلم الا الردئ
ويحتج كل واحد منهما باسم الحنطة فلا بد من بيان الصفة لقطع هذه الخصومة واعلام
القدر منصوص عليه فى الحديث وجهالته تفضى الى المنازعة ولان المقصود بهذا العقد
الاسترباح ولا يعرف ذلك الا بمعرفة مقدار المالية والمالية تختلف باختلاف الجنس والنوع
والصفة والقدر فلا بد من اعلام ذلك كله ليصير ماهو المقصود لكل واحد منهما معلوما
له فأما الاجل فهو من شرائط السلم عندنا وقال الشافعى الاجل يثبت ترفيها لا شرطا حتى يجوز
السلم عندنا حالا في الموجود فأما فى المعدوم لا يجوز السلم الا مؤجلا واحتج في ذلك
بالحديث ورخص في السلم فاثبت في السلم رخصة مطلقة واشتراط التأجيل فيه لا يكون
زيادة على النص والمعنى فيه أنه صار معاوضة مال بمال فيكون الاجل فيه ترفيها لا شرطا
كالبيع والاجارة وهذا لان المسلم فيه دين وشرط جواز العقد القدرة على التسليم وتسليم
الدين بالمثل الموجود في العالم والظاهر من حال العاقل انه لا يقدم علي التزام تسليم مالا يقدر
علي تسليمه فاذا قبل السلم فيما هو موجود في العالم فالظاهر انه قادر علي تسليمه وذلك
يكفى لجواز العقد وان لم يكن قادراً علي التسليم فيما يدخل فى ملكه من رأس المال يقدر علي
التحصيل والتسليم ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال علي رب السلم أولا قبل قبض المسلم فيه وبهذا
فارق الكتابة الحالة . قال (فانى لا أجوز الكتابة الحالة فان العبد يخرج من يد مولاه غير
مالك لشئ) فلا يكون قادرا على تسليم البدل وربما يدخل في ملكه بالعقد لا يقدر على التحصيل
الا بمدة فلهذا لا أجوزه الا مؤجلا فأما المسلم اليه حر من أهل الملك قبل العقد فالظاهر
قدرته على التسليم الا ان يكون معدما في العالم فحينئذ لا يقدر على التسليم الا بوجوده في أوانه فلا
يجوز السلم فيه الا مؤجلا وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم فليسلم
في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فقد شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط
اعلام القدر والمراد بيان أن الاجل من شرائط السلم كالرجل يقول من أراد الصلاة فليتوضأ

الا أن يكون المراد به اذا أسلم مؤجلا ينبغي أن يكون الاجل معلوما وفي قوله صلي الله عليه وسلم رخص فى السلم ما يدل علي الاجل أيضا لان الرخصة فى الشئ تيسير مع قيام المانع والمانع هو العجز عن التسليم فعرفنا أنه رخص فيه مع قيام العجز عن التسليم باقامة الاجل مقامه لان به يقدر علي التسليم امابالتكسب أو بمجئ زمان الحصاد وهوكالرخصة فى المسح على الخفين فان اقامة المسح مقام الغسل للتيسير وهو المعنى في قوله في المسئلة فانا نقول باع مالا يقدر على تسليمه عند وجوب التسليم فلا يجوز العقد كما لو قبل السلم فى المعدوم حالا وبيان ذلك أن عقد السلم من عقود المفاليس فانه يكون بدون ثمن المثل ولو كان موجوداً في ملكه لكان يبيعه بأوفي الاثمان ولا يقبل السلم فيه بدون القيمة ولا يقال انه انما يقبل السلم فيه لاسقاط مؤنة الاحضار والاراءة للمشترى فيه لان صاحب الشرع استثنى السلم من بيع ماليس عند الانسان وبالاجماع المراد بيع ماليس فى ملكه فان مافى ملكه وان لم يكن حاضرا يجوز بيعه اذا كان المشترى رآه قبل ذلك وما ليس في ملكه وان كان حاضراً لا يجوز بيعه فعرفنا أن المراد قبول السلم فيما لا يقدر على تسليمه وبالعقد لا يصير قادراً علي التسليم لان العقد سبب للوجوب عليه لا له فلا تثبت به قدرته على التسليم وانما تكون قدرته بالاكتساب ويحتاج ذلك الى مدة فاذا كان مؤجلا لا يظهر المانع وهو عجزه عن التسليم واذا كان حالا يظهر المانع والدليل عليه أن بالاتفاق يجب تسليم رأس المال أولا فلو جاز أن يكون المسلم فيه حالا لم يجب تسليم رأس المال أولا لان قيضة المعاوضة التسوية بين المتعاقدين في التمليك والتسليم ويتضح هذا فيما اذا كان رأس المال عينا فان أول التسلمين فى البدل الذى هو دين كالثمن في بيع العين والدليل عليه ان السلم اختص بالدين مع مشاركة العين الدين فيما هو المقصود فما كان ذلك الا لاختصاصه بحكم يختص به الدين وليس ذلك الا الاجل وبه يبطل قولهم ان السلم الحال أبعد عن الغرر من المؤجل لان السلم فى العين أبعد عن الغرر من السلم فى الدين ومع ذلك اختص السلم بالدين وهذا بخلاف الكتابة عندنا فان البدل فى الكتابة معقود به لا معقود عليه والقدرة علي تسليم المعقود به ليس بشرط لجواز العقد كالثمن فى المبيع فاما المسلم فيه معقود عليه والقدرة علي تسليم المعقود عليه شرط لجواز العقد كما في بيع العين ولان الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان المولى لا يضيق عليه فى المطالبة بالبدل وأما السلم عقد تجارة وهو مبنى على الضيق فالظاهر انه يطالبه بالتسليم عقيب العقد وهو عاجز عن ذلك فلهذا لم يجوزه

الا مؤجلا ولم يبين فى الكتاب أدنى الاجل فى السلم وذكر أحمد بن أبى عمران من أصحابنا رحمهم الله تعالى أن أدنى الاجل فيه ثلاثة أيام اعتباراً للاجل بالخيار الذى ورد الشرع فيه بالتقدير بثلاثة أيام وكان أبو بكر الرازى يقول أدنى الأجل فيه أن يكون أكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل مايتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما فى العادة أكثر من نصف يوم ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال أدنى الاجل شهراً استدلالا بمسئلة كتاب الايمان اذا حلف المدين ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر برّ فى يمينه فاذا كان مادون الشهر فى حكم العاجل كان الشهر فما فوقه في حكم الآجل فاما تعجيل رأس المال فنقول اذا كان رأس المال دراهم أودنانير يكون التعجيل فيه شرطاً قياساً واستحسانا لان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى العقود فيكون هذا بيع الدين بالدين وذلك لا يجوز لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ يعنى النسيئة بالنسيئة فاما اذا كان رأس المال عروضاً هل يكون التعجيل شرطا القياس أن لا يكون شرطا وفى الاستحسان يكون شرطا وجه القياس ان العروض سلعة تتعين في العقود بخلاف الدراهم فلولم يشترط التعجيل لا يؤدى الى بيع الدين بالدين وجه الاستحسان ان السلم أخذ عاجل بآجل والمسلم فيه آجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلا ليكون حكمه ثابتا على مايقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فان هذه العقود تثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة ومن علماؤنا رحمهم الله تعالي من عبر وقال شرط جواز السلم اعلام قدر رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبعضهم عبر بعبارة أخرى شرط جواز السلم أن يكون المسلم فيه مضبوط الوصف معلوم القدر موجوداً من وقت العقد الى وقت التسليم فاما بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة من شرائط جواز السلم فى قول أبى حنيفة الآخر وكان يقول أولا ليس بشرط ولكن ان بين مكانا تعين ذلك المكان للايفاء وان لم يبين يتعين موضع العقد للايفاء وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وحجتهما في ذلك ان موضع العقد موضع الالتزام فيتعين لايفاء ماالتزمه فى ذمته كموضع الاستقراض والاستهلاك وهذا لان المسلم فيه دين ومحله الذمة فانما يصير مملوكا لرب السلم في ذلك المكان والتسليم انما يجب فى الموضع الذى ثبت الملك له فيه ألا ترى أن من باع حنطة بعينها بالسواد يجب تسليمها موضع الحنطة لانه ملكها فى ذلك الموضع ولان أحد البدلين وهو رأس المال يجب

تسليمه في موضع العقد فكذلك البدل الآخر لان العقد في حكم مكان التسليم مطلق فيقتضي المساواة بين البدلين وبأن جاز تعبيره بالشرط فذلك لا يدل على أنه غير ثابت بمطلق العقد ويجوز تغيره باشتراط الاجل والمطلق بمطلق البيع ثبت عقيب العقد ويجوز تغييره بشرط الخيار وتوجه المطالبة بتسليم الثمن ثابت بمطلق العقد عقيبه ثم يجوز تغييره باشتراط الاجل وأبو حنيفة يقول مكان الأيفاء مجهول وجهالته تفضي الى المنازعة فيجب التحرز عن ذلك باعلامه كزمان التسليم وانما قلنا ذلك لان موضع الالزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام كالقرض والغصب والاستهلاك والسلم لا يجوز الا مؤجلا فعرفنا انه لا يستحق التسليم عقيب العقد فيه بحالي وانما استحقاق التسليم عند حلول الاجل وعند ذلك لا ندري أنه في أي مكان يكون ثم . قال (أرأيت لو عقد اعقد السلم في السفينه في لجة البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل) هذا مالا يقوله عاقل والدليل عليه أن مكان العقد لو تعين لتسليم المسلم فيه لم يجز تعبيره بالشرط كمكان البيع في بيع العين فانه لو باع حنطة في السواد على أن يسلمها في المصر لا يجوز العقد ولما أجاز هنا بيان مكان الأيفاء عرفنا ان موضع العقد غير متعين له وهذا بخلاف رأس المال فانه لما تعين مجلس العقد بتسليمه لم يجز تعبيره بالشرط ثم هناك موضع العقد غير متعين ولكن الشرط تسليم رأس المال قبل الافتراق حتى لو مشيا فر سخا ثم سلم اليه رأس المال قبل أن يفارقه كان صحيحا فأما فيما لا حمل له ولا موءنة فلا خلاف أن بيان مكان الايفاء ليس بشرط ولكن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في أظهر الروايتين يجب تسليمه في موضع العقد لانه موضع الالتزام وفي رواية أخرى عنهما يسلم اليه حيث مالقيه وهو قول أبي حنيفة سواء بينا المكان أولم نبين لان الشرط الذي ليس بمفيد لا يكون معتبراً والمالية فيمالا حمل له ولا موءنه لا تختلف باختلاف الامكنة انما تختلف لعزة الوجود وكثرة الوجود فاما فيما له حمل ومؤنة تختلف ماليته باختلاف المكان فان الحنطة والحطب موجود في المصر والسواد جميعاً ثم يشتري في المصر با كثر مما يشترى به في السواد وما كان ذلك الا لاختلاف المكان وقد بينا أن ما يختلف مالية المسلم فيه باختلافه فاعلامه شرط لجواز العقد وهذا الخلاف في فصول أربعة (أحدها) السلم (والثاني) اذا باع عبدا بحنطة موصوفة في الذمة الي اجل يشترط بيان مكان الايفاء لجواز العقد عند أبي حنيفة وعندهما لا يشترط بيان مكان الايفاء (والثالث) اذا استأجر

داراً بماله حمل ومؤنة دينافي ذمته عند أبي حنيفة رحمه الله يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما
يتعين موضع الدار للاستيفاء لا موضع العقد (والرابع) اذا اقتسما داراً وشرط أحدهما على
صاحبه شيئاً له حمل ومؤنة فهو على هذا الخلاف ويأتي بيان ذلك في الاجارات والقسمة ان
شاء الله تعالى فاما اعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد على قدره كالمكيل والموزون فشرط
السلم عند ابي حنيفه وعندهما ليس بشرط والاشارة الى عينه تكفي وكذلك اذا كان رأس المال
عدديا متقاربا كالفلوس والجوز والبيض وجه قولهما ان المقصود من اعلام القدر القدرة
على التسليم وانقطاع المنازعة وذلك حاصل بالاشارة الى العين فيغنى ذلك عن اعلام القدر كما
في الثمن والأجرة وكما في المضاربة لو دفع اليه دراهم غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف
كان جائزاً والدليل عليه أن رأس المال لو كان ثوبا لا يشترط إعلام ذرعانه والذرع في
المذروعات للاعلام بمنزلة القدر في المقدرات الا ترى أن في المسلم فيه كما يشترط اعلام
القدر يشترط اعلام الذراع اذا كان ثوبا ثم في رأس المال لا يشترط اعلام الذرع في المذروعات
لكونه عينا فكذلك لا يشترط اعلام القدر في المقدرات ومذهب أبي حنيفة مروى عن
ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ذكره في كتاب الصلح وقول الفقيه من الصحابة رضى الله
تعالى عنهم مقدم على القياس والمعنى فيه أن هذا مقدر يتناوله عقد السلم فلا بد من اعلام
قدره كالسلم فيه وتحققه أن جهالة قدر رأس المال تؤدى الى جهالة المسلم فيه لان المسلم
اليه ينفق رأس المال شيئا فشيئا وربما يجد بعد ذلك زيوفا فيرده ولا يستبدل له في مجلس
الرد فيبطل العقد بقدر ماردوا لا لم يكن مقدار رأس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض
السلم وفي كم بقي واذا كان مقدار رأس المال معلوما بوزن المردود فيعلم انه في كم انتقض
العقد وما يؤدى الى جهالة المسلم فيه يجب الاحتراز عنه وان كان ذلك موهوما ألا ترى
انه لو أسلم في مكيل بمكيال رجل بعينه لا يجوز العقد لانه يتوهم هلاك ذلك المكيال وهو
مخالف لغيره من المكاييل فاذا هلك صار مقدار المسلم فيه مجهولا فكذلك هنا يجب التحرز
عن الجهالة بأعلام مقدار رأس المال بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرعان في
الثوب المعين صفة ولهذا لو اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع فوجده أحد عشر ذراعا تسلم له
الزيادة ولو وجده تسعة أذرع لا يحط عنه شيئا من الثمن فالمسلم فيه لا ينقسم على عدد
الذرعان فيشترط فيه اعلامه ثم لا يتصور استحقاق ذرع بعينه من الثوب وانما يتصور استحقاق

النصف أو الثلث وذلك لا يؤدى الى جهالة المسلم فيه وان لم يكن معلوم الذرع بخلاف
المقدار على ما بينا وانما لم يذكر فى جملة الشرائط تعجيل رأس المال فى المجلس لانا عددنا
الشرائط التى يحتاج الى ذكرها فى العقد وتعجيل رأس المال ليس من ذلك فى شيء لان
ذلك شرط بقاء العقد لاشرط انعقاده صحيحا فان العقد بينهما لازم قبل تعجيل رأس المال
مادمافي المجلس فلهذا لم يذكره من جملة الشرائط . قال (واذا شرط طعام قرية بعينها أو
أرض خاصة لا يبقى طعامها فى أيدى الناس فالسلم فاسد) لما روى أن زيد بن شعبة أسلم
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى التمر فقال أسلمت اليك فى تمر حائط فلان فقال صلى
الله عليه وسلم أما حائط فلان فلا أسلم الى فى تمر جيد وفى مثله قال صلى الله عليه وسلم
أرأيت لو أذهب الله ثمرته بم يستحل أحدكم مال أخيه لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو
صلاحها وفى هذا اشارة الى المعنى وهو ان قدرة العاقد على التسليم عند وجوب التسليم شرط
لجواز العقد ولا يعلم قدرته على التسليم عند حلول الاجل الا بوجود الثمار فى تلك النخلة
أو الحائط الذى عينه ووجود ذلك موهوم وبالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم وكذلك
اذا عين أرضا لا يبقى طعامها فى أيدى الناس فقدرته على التسليم عند وجوب التسليم
موهوم . قال (ولا بأس بان يأخذ بعض رأس ماله وبعض ما أسلم فيه اذا حل الاجل عندنا)
وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما وكان عبد الله بن عمر رضى الله عنهما لا يجوز ذلك
وبه أخذ ابن أبى ليلى . قال (واذا أخذ بعض رأس ماله فسد العقد ويسترد ما بقى من رأس
المال) لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك فاذا أخذ بعض كل واحد
منهما فلم يأخذ لا هذا ولا ذاك فلا تمكن منه شرعا ولأنه حين أخذ بعض رأس المال فقد
اختار فسخ العقد فينفسخ فى الكل وحجتنا فى ذلك ان أخذ رأس المال إقالة ولو أقاله فى
الكل جاز فلذلك اذا أقاله فى البعض يجوز أيضا كما في بيع العين وتأويل الحديث أن النهى عن
أخذ شيء آخر سوى رأس المال والمسلم فيه وأنه فى هذا الموضع ما أخذ غير رأس المال
وغير المسلم فيه وانما يكون ذلك عند الاستبدال وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال
ذلك المعروف الحسن الجميل وكان يكفيه أن يقول جائز وانما ذكر هذا اللفظ لان السلم
بدون ثمن المثل يكون عادة والمسلم اليه يندم عند محل الاجل وقال صلى الله عليه وسلم من
أقال نادما بيعته أقال الله عثراته يوم القيامة إلا أنه لو أقاله فى الكل فات مقصود رب السلم وهو

الربح فأقاله في البعض انتدابا الى ما ندب اليه واستوفى بعض المسلم فيه ليحصلا مقصودهما في الربح ففيه النظر لهما وهو المعروف الحسن الجميل. قال(والسلم جائز فيما يكال أو يوزن مما لا ينقطع من أيدى الناس) والاصل فيه ان كل ما كان مضبوطا بوصفه معلوما بقدره موجودا من وقت عقده الى حين أجله يجوز السلم فيه ومالا فلا وقيل كل ما يمكن أن يؤتى على حصر متقاربة ويكون مقدور التسليم يجوز السلم فيه وقيل كل ما يمكن معرفة كميته اجتهادا وكيفيته ضرورة يجوز السلم فيه والمكيلات والموزونات بهذه الصفة. قال(ولا خير فى السلم فى الرطبة ولا فى الحطب حزما ولا جرزا وأوقارا لان هذا مجهول لا يعرف طوله وعرضه وغلظه فان الاوقار تختلف وبسبب هذه الجهالة تتمكن المنازعة بينهما وقد بينا أن كل جهالة تفضي الى المنازعة فهي مفسدة للعقد وان عرف ذلك فهو جائز)معناه اذا بين طول ما تشد به الحزمة أنه ذراع أو شبر فان كان ذلك على وجه لا يتفاوت فحينئذ يجوز السلم لكون المسلم فيه معلوماً مقدور التسليم. قال (ولا خير فى السلم فى جلود الابل والبقر والغنم عندنا) وقال مالك بانه يجوز لانه مقدور التسليم معلوم المقدار بالوزن والصفة بالذكر ولكنا نقول الجلود لاتوزن عادة ولكنها تباع عدداً وهى عددية متفاوتة فيها الصغير والكبير فلا يجوز السلم فيها وفي الحاصل هذا مبنى على السلم فى الحيوان فقد قامت الدلالة لنا على أن السلم فى الحيوان لا يجوز فكذلك فى أبعاض الحيوان ولهذا لا يجوز السلم في الاكارع والرؤس وكذلك لا يجوز السلم فى الأدم والورق لانه مجهول فيه الصغير والكبير الا أن يشترط من الورق والصحف والأدم ضربا معلوم الطول والعرض والجودة فحينئذ يجوز السلم فيه كالثياب وكذلك الأدم اذا كان يباع وزنا فانه يجوز السلم فيه بذكر الوزن اذا كان على وجه لا تتمكن المنازعة بينهما فى التسليم والتسلم. قال (ولا خير فى السلم فى شئ من الحيوان عندنا)وعند الشافعى يجوز اذا بين الجنس والنوع والصفة والسن واحتج فى ذلك بما روينا من الاثار أن النبي صلى الله عليه وسلم استقرض بكراً وقضاه رباعياً وقال خيركم أحسنكم قضاء. والسلم أقرب الى الجواز من الاستقراض فاذا ثبت جواز استقراض الحيوان بهذا الحديث ثبت جواز السلم فيه بطريق الأولى والمعنى فيه أنه مبيع معلوم مقدور التسليم فيجوز السلم فيه كالثياب والمكيلات والموزونات وبيان الوصف انه يجوز بيعه عينا والدليل على انه معلوم فانه اذا سمى الابل صار الجنس معلوما واذا قال حيوان

صار النوع معلوما واذا قال جذع أوثنى يصير السن معلوما واذا قال ثمين تصير الصفة معلومة واعلام الشئ من الاعيان بهذه الاشياء وشرط جواز العقد اعلام العين ولا يعتبر بعد ذلك جواز نفع فى المالية كما في الذبائح والثياب الفاخرة والدليل عليه أن بنى اسرائيل استوصفوا البقرة فوصفها الله تعالى لهم وادركوها بتلك الصفة حيث قالوا الآ ن جئت بالحق وقال صلى الله عليه وسلم لايصف الرجل الرجل بين يدى امرأته حتى كأنها تنظر اليه فقد جعل الموصوف من الحيوان كالمرئى والدليل عليه انه يثبت في الذمة مهراً وان الدعوى والشهادة فى الحيوان تسمع بذ كر الصفة فدل أنها تصير معلومة بذ كر الوصف بخلاف اللآلئ والجواهر فالسلم فى الصغار من اللالئ يجوز وزنا أما الكبار منها فلايمكن إعلامها لكون المقصود التدوير والصفا والماء وليس لذلك حد معلوم يوقف عليه فاذا بالغ فى بيانه يصير بذلك عديم النظير وفي مثله لا يجوز السلم ولهذا لا يثبت مهراً فى الذمة وحجتنا فى ذلك حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم نهى عن السلم فى الحيوان وفى الكتاب. قال (بلغنا عن عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه) وانما فسر هذا الحديث فى أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضى الله تعالي عنه دفع مالا مضاربة الى زيد بن خليدة فأسلمها زيد الي عتويس بن عرقوب فى قلانص معلومة فقال عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه اردد مالنا لانسلم أموالنا فى الحيوان وقدروينا عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه انه قال ان من الربا أبوابا لايكدن يخفين على أحد منها السلم في السن وقد بينا تأويل آثارهم وما روى انه استقرض بكراً فالمراد استعجل فى الصدقة ثم لم تجب الزكاة على صاحبها فردها رباعياً أواستقرض لبيت المال وكما يجوز أن يثبت لبيت المال حق مجهول يجوز أن يثبت ذلك علي بيت المال أيضا والمعنى فيه انه أسلم فى مجهول فلا يجوز كما لو أسلم فى الحلقات أو الجواهر وهذا لان المسلم فيه مبيع وشرط جواز العقد القدرة علي التسليم ولا يوجد ذلك اذا كان المسلم فيه مجهولا وبيان الوصف ان بعد ذ كر الاوصاف التى يشترطها الخصم يبقى تفاوت عظيم فى المالية فانك تجد فرسين مستويين فى السن والصفة ثم تشترى أحدهما بأضعاف ما تشترى به الآخر لتفاوت بينهما فى المعانى الباطنة كالهملاجة وشدة العدو وكذلك فى البعيرين وهذا فى بنى آدم لا يخفى فان العبدين والأمتين يتساويان فى السن والصفة ويختلفان فى المالية لتفاوتهما فى الذهن

والكياسة وفيه يقول القائل

رب واحد يعدل الفا زائداً وألوف تراهم لا يساوون واحداً

وكما أن العين مقصود فالمالية أيضا مقصودة بل أكثر لان المقصود هو الاسترباح وذلك بالمالية يكون فاذا كان الحيوان بذكر الاوصاف لا يلتحق بذوات الامثال في معنى المالية قلنا لايجوز السلم فيها بخلاف الثياب فانها مصنوع بنى آدم فما لم يكن معلوما لهم لا يتمكنون من اتخاذها والثياب اذا نسجت في منوال واحد على هيئة واحدة لاتتفاوت فى المالية الا يسيراً ولا معتبر بذلك القدر كالتفاوت بين الجيد والردى في الحنطة فى المالية فأما الحيوان مصنوع الله تعالى وذلك يكون على مايريده فقد يكون على وجه لا نظير له ولو بالغ فاستقصى في بيان وصفه يصير عديم النظير وذلك لايجوز السلم فيه بالاتفاق ويوضحه ان أقرب الحيوانات الي الثياب الغنم وما هو المقصود من الغنم غير مرئى بل هو تحت الجلد ويقع فيه تفاوت عظيم وما هو المقصود فى الثياب ظاهر مرئى وقد ذكر عمرو بن أبي عمرو عن محمد رحمهما الله تعالى قال قلت له انما لا يجوز السلم في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف . قال (لا فانا نجوز السلم في الذبائح ولا نجوز في العصافير) ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الذبائح ولكنه للسنة وانما ذكر الله تعالى لبنى اسرائيل الاوصاف الظاهرة وذلك يمكن أعلامه عندنا ثم كان المقصود التشديد عليهم لما استقصوا فى الاستيصاف هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه وانما نهى رسول الله صلي الله عليه وسلم عن الاستيصاف لخوف الفتنة وذلك يقع بالاوصاف الظاهرة وكذلك سماع الدعوى والشهادة لان الاوصاف الظاهرة منها تصير معلومة وثبوته فى الذمة مهرا لكون النكاح مبنياً على التوسع فان المقصود به شئ آخر سوى المالية بخلاف السلم ولهذا يجوز من غير بيان الوصف هناك . قال (ولا بأس بالسلم في الثياب كلها بعد ان يشترط ضربا معلوما وطولا وعرضاً بذارع معلوم واجلا وصفة معلومة) لان مقدار المالية بذكر هذه الاوصاف يصير معلوماً عادة والتفاوت الذى يقع بعد هذا يسير واليسير من التفاوت غير معتبر لا نه لا يتمكن بسببه منازعة مانعة من التسليم والتسلم ولا يشترط الوزن بخلاف الحرير فانه اذا أسلم في الحرير ينبغى أن يشترط الوزن لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن وينبغى ان يشترط الطول والعرض مع الوزن لان المسلم اليه ربما يأتى وقت حلول الاجل يقطع الحرير بذلك الوزن ونحن نعلم يقيناً انه

لم يرد به قطع الحرير. قال (وكل شيء ينقطع من أيدى الناس فلا خير في السلم فيه) وهذه المسئلة على أربعة أوجه (أحدها) أن يكون المسلم فيه موجوداً عند العقد منقطعا عن أيدى الناس عند حلول الاجل فلهذا لا يجوز بالاتفاق لان السلم اليه بالعقد يلتزم التسليم عند حلول الاجل فاذا لم يكن مقدور التسليم عند ذلك لا يجوز العقد (الثانى) ان يكون منقطعا وقت العقد موجوداً فى أيدى الناس عند حلول الاجل فهذا لا يجوز عندنا ويجوز عند الشافعى (الثالث) أن يكون موجوداً عند العقد وعند حلول الاجل ولكنه ينقطع عن أيدى الناس فيما بين ذلك فهذا لا يجوز عندنا وعلى قول مالك والشافعى رحمهما الله (الرابع) أن يكون موجوداً من وقت العقد الى وقت المحل على وجه لا ينقطع فيما بين ذلك فيكون العقد صحيحا بالاتفاق وحجتهم فى ذلك حديث عبدالله بن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فوجدهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين وربما قال ثلاث سنين فقال من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ومعلوم أن الثمار الرطبة لا تبقى الى هذه المدة الطويلة ومع هذا قرهم على السلم فيها والمعنى فيه وهو ان المسلم فيه معلوم مقدور التسليم عند وجوب التسليم فيجوز العقد كما لو كان موجوداً من وقت العقد الى وقت المحل وبيان الوصف أن وجوب التسليم بحكم العقد عند حلول الاجل وعند ذلك هو موجود فى العالم والقدرة على تسليم الدين بوجود جنسه فى العالم ولا معنى لقول من يقول من الجائز أن يموت المسلم اليه عقيب العقد فيحل الاجل لان هذا موهوم ولا يبنى العقد على الموهومات الا ترى أن اعتبار هذا الموهوم يؤدى الى الحلول أو جهالة الاجل وذلك مبطل لعقد السلم وان كان موجوداً في الحال فدل أنه لا يعتبر ذلك وكذلك ان كان ينقطع فيما وراء ذلك المحل يجوز العقد وان كان يتوهم أن يتأخر التسليم الى ان ينقطع وليس هذا نظير ما لو عين مكيالا أو قيما تخالف ما بين الناس لان بطلان العقد ليس باعتبار هلاك ما عينه بل باعتبار جهالة قدر المسلم فيه كتعيين المسلم فيه لا لانه يتوهم أو يصيب ثمار تلك النخلة آفة والدليل أن وجود السلم فيه في مكان العقد ليس بشرط بجواز العقد فكذلك في زمان العقد لا التسليم لا يتأتى الا بمكان أو زمان فكل يسقط اعتبار وجوده فى مكان العقد فكذلك فى زمان العقد وحجتنا فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا تسلفوا فى الثمار حتى يبدو صلاحها وفى الحديث المعروف أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ولم يرد به النهى عن بيعها سلما والمعنى فيه أن قدرة العاقد

علي تسلم المعقود عليه شرط لجواز العقد كما فى بيع العين وهذا لان الملتزم للتسليم هو العاقد فيشترط قدرته على التسليم ولا يوجد ذلك اذا كان المسلم فيه معدوما فى الحال لان العاقد لايقدر على تسليمه الا بايصال حياته وأن ذلك الشيء وايصال حياته بأوان الوجود موهوم وبالموهوم لاتثبت القدرة على التسليم فان قيل حياته معلومة فى الحال والاصل بقاؤه حيا الى ذلك الوقت وانما الموت موهوم قبله قلنا نعم ولكن بقاؤه حيا الي ذلك الوقت باستصحاب الحال فيكون معتبراً فى ابقاء ماله على ملكه لافى توريثه من مورثه فبهذا الطريق لا تثبت قدرته على التسليم الا أن يكون موجوداً فى الحال حتى تكون حياته متصلة بأوان ذلك الشيء ثم عجزه بالموت أو بآخر التسليم الى انينقطع موهوم فلا يعتبر ذلك فى افساد العقد يقرر مان ما بعد العقد بمنزلة حالة المحل لان زمان المحل وقت وجوب التسليم بشرط بقائه حيا الى ذلك الوقت وذلك موهوم وما بعد العقد وقت وجوب التسليم بشترط موته وذلك موهوم أيضا فاستويا من هذا الوجه ثم يشترط الوجود وقت المحل بالاتفاق فلذلك يشترط الوجود من وقت العقد الى وقت المحل بخلاف ماوراء المحل لان ذلك ليس بزمان وجوب التسليم ابتداء وانما هو زمان بقاء ما وجب من التسليم ولا يعتبر فى حالة البقاء ما يعتبر فى حالة الابتداء كخلو المحل عن الردة والعدة في النكاح والشهود تعتبر عند ابتداء العقد لا عند البقاء واعتبار الزمان بالمكان ساقط لانه يتحقق نقله من مكان الى مكان فبانعدامه فى مكان العقد لا تنعدم القدرة على التسليم ولا يتحقق نقله من زمان الي زمان فتنعدم القدرة على التسليم لعدم الوجود فى زمان العقد الا ترى انه لا يشترط وجوده فى المكان الذى جعلاه محل التسليم ويشترط وجوده فى زمان المحل وما افترقا الا لما قلنا واذا كان المسلم فيه موجودا من وقت العقد الي وقت المحل ثم لم يأخذه بعد محل الاجل حتى انقطع فرب السلم بالخيار ان شاء أخذ رأس المال وان شاء صبر حتى يجيء حينه فيأخذما أسلم فيه عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وقال زفر يبطل العقد ويسترد رأس المال لان الانقطاع من أيدى الناس فى العجز عن تسليم الدين بمنزلة هلاك العين فى العجز عن التسليم ولو هلك المبيع فى بيع العين قبل التسليم بطل به البيع فكذلك اذا انقطعت من أيدى الناس وقاس بما لو اشترى بفلوس شيئاً فكسدت قبل القبض يبطل العقد لهذا المعنى فكذلك اذا انقطع المسلم فيه من أيدى الناس وحجتنا فى ذلك انه يعذر بتسليم المعقود عليه بعارض على شرف الزوال فيتخير فيه

العاقد كما لو أبق العبد المبيع قبل القبض وهذا لان المعقود عليه دين وبقاء الدين ببقاء محله ومحل الدين انما هو الذمة فكان المعقود عليه باقيا ببقاء الذمة ولكن تأخر تسليمه الى أوان وجوده وفيه يعتبر شرط العقد فيثبت للعاقد الخيار بين أن يفسخ العقد ويسترد رأس المال وبين أن يصبر حتى يأتي أوانه فيأخذ المسلم فيه وبه فارق هلاك العين فالمعقود عليه هناك يفوت أصلا وكذلك الفلوس اذا كسدت فان العقد انما تناول فلوسا هي ثمن فبعد الكساد لا يبقى ثمنا أصلا يوضحه أن مايكسد من الفلوس لا يروج بعد ذلك أو لا يدرى متى يروج فلم يكن للقدرة فيه على التسليم أوان معلوم فلهذا يبطل العقد هنا لادراك الثمار للقدرة على التسليم أوان معلوم فيخير رب السلم ان شاء رضى بالتأخير وان شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله . قال ولا خير فى السلم فى الرمان والسفرجل والبطيخ والقثا والخيار وما أشبه ذلك مما لا يكال ولا يوزن) لانه يختلف فيه الصغير والكبير فلا يمكن أن يوتى على حصر متقاربة وأصل هذا الجنس مروى عن أبي يوسف . قال(مايتفاوت آحاده في القيمة فهو عددي متفاوت لا يجوز السلم فيه عددا) ومالا يتفاوت آحاده فى القيمة وان ما يتفاوت أنواعه فهو عددى متفاوت لايجوز السلم فيه عددا والرمان والبطيخ تتفاوت فى المالية آحاده والباذنجان وما أشبه ذلك لا يتفاوت آحاده فى المالية وعلى هذا الأصل يجوز السلم في البيض والجوز عددا لان آحاده في المالية لا تتفاوت فانك لا ترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين وانما تتفاوت أنواعه فى المالية وذلك التفاوت يزول بذكر العد فى العدديات كالقدر فى المقدرات وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى انه لا يجوز السلم في بيض النعام لانه تتفاوت آحاده فى المالية وعلى قول زفر لا يجوز السلم فى البيض والجوز عددا لان فيه الصغير والكبير وتجرى فيه المنازعة بينهما فى التسليم والتسلم وانما يجوز السلم فى البيض وزنا وفى الجوز كيلا بعد أن يكون بمكيال معروف له ونحن نجوز السلم فيه كيلا أيضا لانه يكال تارة ويعد أخرى فتنقطع فيه المنازعة بينهما بذكر الكيل كما ينقطع بذكر العدد. قال (ولا بأس بالسلم في الفلوس عددا لانه عددي متقارب أو هى أمثال متساوية قطعا مادامت متساوية رائجة لسقوط قيمة الجودة منها باصطلاح الناس وذكر أبو الليث الخوارزمي عن محمد انه لا يجوز السلم فى الفلوس لانها ثمن مادامت رائجة والمسلم فيه مبيع فما هو ثمن لا يجوز ان يكون مسلما فيه كالذهب والفضة وبعد الكساد هي قطع صغار موزونة فلا يجوز السلم فيها عددا ولكن ماذكره في الكتاب

أصح لان صفة الثمنية فى الفلوس عارضة باصطلاح الناس والمتعاقدان أعرض عن هذا الاصطلاح حين عقد السلم وماأعرض على الاصطلاح على كونه عدديا ولكن ليس من ضرورة خروجه فى حقهما من أن يكون ثمنا خروجه من أن يكون عدديا كالجوز والبيض فاما الذهب والفضة ثمن باصل الخلقة فلا ينعدم ذلك بجعلهما اياه مبيعا ألا ترى أن الفلوس تروج تارة وتكسد أخرى وتروج في ثمن الخسيس من الاشياء دون النفيس بخلاف النقود ولا خير فى السلم فى اللحم لانه مختلف فى قول أبى حنيفة ولا بأس به فى قول ابن أبى ليلى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا أسلم في موضع منه معلوم وسمى صفة معلومة فهو جائز وقيل لا خلاف بينهما وبين أبى حنيفة بل جواب أبى حنيفة فيما اذا أطلق السلم في اللحم وهما لا يجوز ان ذلك وجوابهما فيما اذا بين منه موضعا معلوماً وأبو حنيفة يجوز ذلك والاصح ان الخلاف ثابت وان عند أبى حنيفة لا يجوز السلم فيه وان بين منه موضعا معلوما وجه قولهما انه موزون معلوم فيجوز السلم فيه كسائر الموزونات وبيان الوصف أن الناس اعتادوا بيعه وزنا ويجوز استقراضه وزنا ويجرى فيه الربا بعلة الوزن ثم الموزون المثمن معتبر بالمكيل المثمن ويجوز السلم فيه وان اشتمل على ماهو مقصود وعلى ما ليس بمقصود كالتمر فما فيه من النوى غير مقصود ولا يمنع ذلك جواز السلم فكذلك مافى اللحم من العظم لان كل واحد منهما ثابت باصل الخلقة والدليل عليه جواز السلم في الألية مع مافيها من العظام وكذلك يجوز السلم فى الشحم لانه موزون فكذلك في اللحم ولابى حنيفة طريقان (أحدهما) ان اللحم يشتمل على ماهو المقصود وعلى ماليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ماهو المقصود بتفاوت ماليس بمقصود منه ألا ترى أنه تجرى المماكسة بين البائع والمشترى في ذلك فالمشترى يطالبه بالنزع والبائع يدسه فيه وهذا نوع من الجهالة والمنازعة بينهما لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن بخلاف النوى الذى فى التمر فالمنازعة لاتجرى فى نزع ذلك وكذلك العظم الذى فى الالية وعلى هذا الطريق اذا أسلم فى لحم منزوع العظم يجوز عند أبى حنيفة وهو اختيار ابن شجاع والطريق الآخر أن اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس فى ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلاء وبكثرة الكلاء والسلم لايكون الا مؤجلا فلا يدرى ان عند حلول الحول على أى صفة تكون وهذه الجهالة لا ترتفع بذكر الوصف فكان السلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان وبه فارق الاستقراض فالقرض لايكون الاحالا وفى الحال

صفة السمن والهزال معلومة وبخلاف الشحم والألية فالتفاوت فيهما من حيث القلة والكثرة وبذكر الوزن يزول ذلك وعلى هذا الطريق منزوع العظم سواء وهو الاصح. قال (ولا خير في السلم فى السمك الطرى فى غير حينه) لانه ينقطع عن أيدي الناس ولانه مختلف فالنكتة الاولى تدل على أنه اذا أسلم فى حينه يجوز والنكتة الثانية تمنع من ذلك وحاصل الجواب أن السلم فيه فى غير حينه لا يجوز وزنا ولا عدداً وفى حينه يجوز وزنا ولا يجوز عدداً لان فيه الصغير والكبير الا أن الناس اعتادوا بيعه وزنا والتفاوت فى المالية ينعدم بذكر الوزن وأبو حنيفة يفرق بين هذا وبين السلم في اللحم لما بينا أن العظم ليس بمقصود من اللحم حتى يجرى المماكسة فى نزعه فانه يشتمل على السمن والهزال وذلك لا يوجد في السمك وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله ان الكبار من السمك الذى يقطع لا يجوز السلم فيها وزنا بمنزلة السلم فى اللحم فانه اذا كان يقطع تجرى المماكسة فى نزع العظم منه وتختلف رغائب الناس باختلاف الموضع منه فاما السمك المالح فلا بأس بالسلم فيه وزنا معلوما ولا خير فيه عدداً أما الصغار منه فانه يباع وزنا ولا سمن له وهو مما لا ينقطع عن أيدى الناس فيجوز السلم فيه وزنا وفي الكبار لا يجوز السلم عدداً للتفاوت ويجوز وزنا وعن أبى يوسف أنه لا يجوز ذلك بخلاف اللحم فهناك يتمكن من اعلام موضع الخبث أو الطهر ولا يتأتى ذلك فى السمك فلا يجوز السلم فيه وزنا. قال (واذا أسلم فى الجذوع ضربا معلوماً وسمى طوله وغلظه وأجله والمكان الذى يوفيه فيه فهو جائز) لانه مذروع معلوم كالثياب وكذلك الساج وصنوف العيدان والخشب والقصب واعلام الغلظ فى القصب باعلام مايسد به الظن بشبر أو ذراع أو نحو ذلك فعند ذلك لا تجرى المنازعة بينهما. قال (واذا استصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسوة أو طستا أو كوزاً أو آنية من أوانى النحاس فالقياس ان لا يجوز ذلك) لان المستصنع فيه مبيع وهو معدوم وبيع المعدوم لا يجوز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ثم هذا فى حكم بيع العين ولو كان موجوداً غير مملوك للعاقد لم يجز بيعه فكذلك اذا كان معدوما بل أولى ولكنا نقول نحن تركنا القياس لتعامل الناس في ذلك فانهم تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وتعامل الناس من غير نكير أصل من الاصول كبير لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقال صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتى على ضلالة

وهو نظير دخول الحمام بأجر فانه جائز لتعامل الناس وان كان مقدار المكث فيه ومايصب من الماء مجهولا وكذلك شرب الماء من السقا بفلس والحجامة بأجر جائز لتعامل الناس وان لم يكن له مقدار فما يشترط أن يصنع من الكنة على ظهره غير معلوم وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم استصنع خاتما واستصنع المنبر فاذا ثبت هذا يترك كل قياس فى مقابلته وكان الحاكم الشهيد يقول الاستصناع مواعدة وانما ينعقد العقد بالتعاطى اذا جاء به مفروغا عنه ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما والأصح انه معاقدة فانه أجرى فيه القياس والاستحسان والمواعيد تجوز قياسا واستحسانا ثم كان أبو سعيد البردعى يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع اشتغال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه والاديم والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل والاصح أن المعقود عليه المستصنع فيه وذكر الصنعة لبيان الوصف فان المعقود هو المستصنع فيه ألا ترى انه لو جاء به مفروغا عنه لامن صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه كان جائزاً والدليل عليه أن محمداً قال اذا جاء به مفروغا عنه فللمستصنع الخيار لانه اشترى شيئا لم يره وخيار الرؤية انما يثبت فى بيع العين فعرفنا أن المبيع هو المستصنع فيه. قال (واذا عمله الصانع فقبل أن يراه المستصنع باعه يجوز بيعه من غيره) لان العقد لم يتعين فى هذا بعد ولكن اذا أحضره ورآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى مالم يره وقال صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه وعن أبي يوسف قال اذا جاء به كما وصفه له فلا خيار للمستصنع استحسانا لدفع الضرر عن الصانع فى افساد أديمه وآلاته فربما لايرغب غيره في شرائه على تلك الصفة فلدفع الضرر عنه قلنا بانه لا يثبت له الخيار وفرق فى ظاهر الرواية بين هذا والسلم. وقال لافائدة فى اثبات الخيار فى السلم لان المسلم فيه دين فى الذمة واذا رد المقبوض عاد دينا كما كان وهنا اثبات الخيار مقيد لانه مبيع عين فبرده ينفسخ العقد ويعود اليه رأس ماله ويوضح الفرق أن اعلام الدين بذكر الصفة اذ لايتصور فيه المعاينة فقام ذكر الوصف فى المسلم فيه مقام الرؤية فى بيع العين فاما إعلام العين فتمامه بالرؤية والمستصنع فيه مبيع عين فلهذا يثبت فيه خيار الرؤية. قال (فان ضرب لذلك أجلا وكانت تلك الصناعة معروفة فهو سلم) في قول ابى حنيفة تعتبر فيه شرائط السلم من قبض رأس المال فى المجلس ولا خيار فيه لرب السلم اذا أحضره المسلم اليه وهو عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى استصناع علي حاله لانه بدون ذكر الاجل عقد

جائز غير لازم فبذكر الاجل فيه لايصير لازما لعقد الشركة والمضاربة وهذا لان ذكر الاجل تيسر فيه وتأخير المطالبة فلا يتغير به العقد من جنس الى جنس آخر ولو كان الاستصناع بذكر الاجل فيه يصير سلما لصار السلم بحذف الاجل منه استصناعا ولو كان هذا سلما لكان سلما فاسداً لانه شرط فيه صنعة صانع بعينه وذلك مفسد للسلم وأبو حنيفة يقول هذا مبيع دين والمبيع الدين لا يكون الا سلما كما لو ذكر لفظة السلم وبيانه ماذكرنا ان المستصنع فيه مبيع والاجل لا يثبت الا فى الديون فلما ثبت فيه الاجل هنا عرفنا أنه مبيع دين فتأثيره ان المتعبر ماهو المقصود وبه يختلف العقد لاباعتبار اللفظ الا ترى انه لو قال ملكتك هذا العين بعشرة دراهم كان بيعا ولو قال بسكنى هذا الدار شهراً كانت إجارة فعرفنا أن المتبر ماهو المقصود ثم السلم أقرب الي الجواز من الاستصناع فان كل واحد منهما مستحسن ولكن الآثار فى السلم مشهورة وهو جائز فيما للناس فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه فكان الاصل فيما قصداه السلم إلا إذا تعذر جعله سلما بان لم يذكرا فيه أجلا فحينئذ جعل استصناعا فاما اذا أمكن جعله سلما بأن ذكر الاجل يجعل سلما ولان الاجل مؤخر للمطالبة ولا يكون ذلك الا بعد لزوم العقد واللزوم فى السلم دون الاستصناع فثبوت الاجل فيه دليل علي انه سلم وذكر الصنعة لبيان وصف المسلم فيه ولهذا لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته يجبر على القبول وبهذا تبين فساد قولهم انه سلم شرط فيه صنعة صانع بعينه وما قالا بأن السلم بحذف الاجل لا يصير استصناعا يشكل بالمتعة فانه لا يصير نكاحا بحذف المدة عنه ثم النكاح بذكر المدة فيه يصير متعة وهو اذا تزوج امرأة شهراً وهذا اذا كان ذكر المدة علي سبيل الاستمهال أما اذا كان علي سبيل الاستعجال بأن قال علي أن يفرغ منه غداً أو بعد غد فهذا لا يكون سلما لان ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتأخير المطالبة بالتسليم ألا ترى أنه ذكر أدنى مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل ويحكى عن الهندوانى. قال ان كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولا يصير به سلما وان كان الصانع هو الذي ذكر المدة فهو سلم لانه يذكر علي سبيل الاستمهال وقيل ان ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من الفراغ من العمل فهو استصناع وان كان أكثر من ذلك فهو سلم لان ذلك يختلف باختلاف الاعمال فلا يمكن تقديره بشئ معلوم. قال (ولا بأس بالسلم فى اللبن فى جبنه وزنا أو كيلا معلوما) لانه يكال تارة ويوزن أخرى فيصير معلوما بذكر كل واحد

منهما على وجه لا يبقى فيه منازعة في التسليم . قال (في الكتاب وهذا قبل انقطاعه وهذا في عرف ديارهم)لان اللبن ينقطع عن أيدى الناس فى بعض الاوقات فأما في ديارنا لا ينقطع وان كانت تزاد قيمته فى بعض الاوقات ولكن لا يعد ذلك انقطاعا فيجوز السلم فيه فى كل وقت قال(ولا بأس بالسلم فى اللبن والآجر اذا شرط فيه شيئاً معلوماً)لانه عددى متقارب فان آحاده لا تختلف فى المالية وانما تختلف أنواعه وانما يكون معلوما بذكر الملبن فلبن كل نوع منه معلوم عند أهل الصنعة وان كان لا يعرف ذلك فلا خير فيه . قال (ولا بأس بالسلم في التبن كيلا معلوما وكيانا معلومة) لانه مكيل مقدور التسليم وكيله الغرارة اذا كان معلوما وان كان لا يعرف ذلك فلا خير فيه . قال(ولا خير فى السلم فى رؤس الغنم والاكارع)لانها عددية متفاوتة ألا ترى ان المشترى ينازع البائع فيقول أريد هذا ولا أريد هذا والمقصود ما عليها من اللحم وهى تختلف ثم هذا على قول أبى حنيفة غير مشكل لانها أبعاض الحيوان كاللحم وهما يقولان اللحم موزون أما الرؤس والاكارع فغير موزونة عادة وبذكر الوزن لا يصير المقصود منها معلوما فلا يجوز السلم فيها . قال(ولا خير فى السلم في كل شئ مما يكال أو يوزن اذا شرط بمكيال غير معروف أو بأناء بعينه غير معروف أو بوزن حجر غير معروف) لان مقدار السلم فيه لا بد من أن يكون معلوما عند العقد وبما ذكر لا يصير مقداره بالمكيال المعروف والميزان المعروف معلوما فكان هذا سلما فى المجهول ولان القدرة على التسليم وقت وجوب التسليم شرط وذلك لا يتحقق الا ببقاء ماعينه من المكيال الي وقت حلول الاجل وبقاؤه موهوم فربما يهلك قبل ذلك وإن اشترى بذلك الاناء يداً بيد فلا بأس به لان فى العين يجوز البيع مجازفة فبكيال غير معروف أولى وهذا لان التسليم عقيب العقد والقدرة علي التسليم للحال ثابتة وهذا لان التسليم عقيب العقد لا بقيام المكيال الذى عينه وعن أبى حنيفة فى غير الاصول أنه لا يجوز لان البيع فى المكيلات والموزونات اما أن تكن مجازفة أو بذكر القدر ففى المجازفة والمعقود عليه ما يشار اليه وعند ذكر القدر المعقود عليه ما سمى من القدر ولم يوجد واحد منهما هنا فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل اذا لم يكن المكيال معلوماً وعن أبى يوسف قال فى بيع العين ان عين مكيالا لا ينكبس بالكبس فيه كالزنبيل ونحوه لا يجوز العقد فيه فانه تمكن المنازعة بينهما فى الكيل وان كان شيئا لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة ونحوها يجوز . قال(ولا بأس

بالسلم في العصير في حينه وزنا أو كيلا) لانه يوزن أو يكال كاللبن وكذلك الخل لا بأس بالسلم فيه كيلا معلوما أو وزنا معلوما لانه يكال ويوزن واعلام المقدار بذكر كل واحد منهما محصل والاصل ان ماعرف كونه مكيلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مكيل أبداً وان اعتاد الناس بيعه وزنا وماعرف كونه موزونا فى ذلك الوقت فهو موزون أبداً ومالم يعلم كيف كان يعتبر فيه عرف الناس فى كل موضع ان تعارفوا فيه الكيل والوزن جميعا فهو مكيل وموزون وعن أبي يوسف ان المعتبر فى جميع الاشياء العرف لانه مما كان مكيلا في ذلك الوقت أو موزونا فى ذلك الوقت باعتبار العرف لابنص فيه من رسول الله صلي الله عليه وسلم ولكنا نقول تقرير رسول الله صلي الله عليه وسلم إياهم علي ماتعارفوه فى ذلك الشيء بمنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص قال (وان أسلم فى تمر ولم يسم فارسيا ولا دقلا لم يجز) لان التمر أنواع فبدون ذكر النوع لاتنقطع المنازعة فان اشترط فارسيا فلا بد من أن يشترط جيداً أو وسطا أو رديا لان كل نوع من التمر يشتمل على هذه الاوصاف الثلاثة والمالية تختلف بجنسها . قال (ولا خير في السلم في شيء من الطيور ولا في لحومها) لان آحادها تختلف في المالية فكانت عددية متفاوتة وهما فرقا بين هذا وبين السلم في اللحم لان هناك يمكن اعلام المسلم فيه بذكر الموضع ولا يتأتى ذلك في لحوم الطير وعن أبى يوسف قال مالا تتفاوت آحاده فى المالية كالعصافير ونحوها يجوز السلم فى لحومها . قال (ولا خير فى السلم في شئ من الجواهر واللؤلؤ أما الصغار من اللآلئ التى تباع وزنا وتجعل فى الادوية يجوز السلم فيها وزنا واما الكبار منها تتفاوت آحادها في المالية وهى عددية متفاوتة لا يمكن اعلام ماهو المقصود منها فلا يجوز السلم فيها . قال (ولا بأس بالسلم فى الجص والنورة كيلا) لانه مكيل معلوم وهو مقدور التسليم فى كل وقت . قال (ولا خير فى السلم فى الزجاج الا أن يكون مكسوراً فيشترط وزنا معلوما وكذلك جوهر الزجاج فانه موزون معلوم على وجه لا تفاوت فيه اما الاوانى المتخذة من الزجاج فهى عددية متفاوتة فلا يجوز السلم فيها بذكر العدد ولا بذكر الوزن) لان ذلك لا يوزن ولا تعلم ماليته بوزنه الا أن يكون شيئاً معروفا يعلم انه لا يتفاوت في المالية كالمكاحل والمطابق فان آحاد ذلك لا تختلف فى المالية إنما تختلف أنواعه وكل نوع منه معلوم عند اهل الصنعة فيجوز السلم فيه بذكر العدد . قال (واذا أسلم الرجل الى رجل ألف درهم في طعام خمسمائة من ذلك كانت دينا عليه وخمسمائة

نقدها اياه جازت حصة العين من ذلك وبطلت حصة الدين وعن زفر ان العقد في الكل باطل أما فى حصة الدين فلنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ يعنى الدين بالدين وهذا فساد قوى يمكن في البعض فيفسد به الكل باعتبار أنه جعل قبول العقد فى حصة الدين شرطاً للقبول فى حصة العين وهذا شرط فاسد ومذهبنا مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما ثم يعتبر البعض بالكل فى الدين والمعنى جميعاً وحقيقة المعنى ان العقد انعقد صحيحا في الكل حتي لو نقد جميع الالف فى المجلس كان العقد صحيحا وهذا لانه لا يتعلق العقد بالدين المضاف اليه وانما يتعلق بجنسه ومثله ولو اشترى بالدين شيئا ممن عليه الدين ثم تصادقا على أن لا دين بقى الشراء صحيحا وانما فسد العقد هنا بمقدار الخمسمائة بترك القبض في المجلس وهذا فساد طارئ فيقتصر على ماوجدت فيه علته كما لو هلك بعض المعقود عليه قبل التسليم قال (واذا أسلم الرجل مائة درهم في كرحنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فلا خير فيه عند أبى حنيفة) بلغنا ذلك عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما وهذا بناء على ماينا ان اعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد على شرطه شرط عنده وهنا المائة التي تنقسم انقسمت على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس المال لكل واحد منهما معلوما ولو تاركا السلم في أحدهما لم يعلم يقينا مقدار مايرده فلا يجوز العقد وعندهما الاشارة الى العين تكفى لجواز العقد وقد وجد . قال (ولا يجوز السلم اذا كان فيه شرط خيار) لان خيار الشرط يعدم الملك ويجعل العقد فى حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار فكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض وعدم قبض رأس المال فى المجلس مبطل للسلم فاشتراط الخيار فيه أولى وهذا لان القبض حكم العقد وقد صار العقد بشرط الخيار في حق الحكم كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبله وبهذا تبين ان القبض لا يتم والافتراق قبل تمام القبض مبطل للعقد الا أن يبطل صاحب الخيار خياره قبل أن يتفرقا فحينئذ ينقلب العقد صحيحا عندنا خلافا لزفر فان من أصله ان تصحيح العقد الفاسد فى استقباله فقط وعندنا المفسد متى زال قبل تقرره جعل كان لم يكن وتقرر الفساد هنا بالافتراق قبل تمام القبض وقد انعدم ذلك متى أسقطا الخيار قبل أن يتفرقا ولان حالة المجلس كحالة العقد ولهذا جعل قبض رأس المال فى المجلس كالمقترن بالعقد فكذلك لزوم العقد باسقاط الخيار في المجلس يجعل كالمقترن بالعقد وهذا اذا كان رأس المال قائما في يد المسلم اليه عند اسقاط الخيار وان كان قد أنفقه

حتى صار دينا عليه لم يصح العقد باسقاط الخيار ذكره فى الجامع لان ابتداء العقد برأس مال هو دين لايجوز فكذلك إتمامه باسقاط الخيار . قال (واذا أسلم اليه عشرة دراهم أو ثوبا أو عبداً فى طعام ثم افترقا قبل قبض رأس المال لم يجز السلم) وقال مالك يجوز وان لم يقبض رأس المال يوما أو يومين بعد أن لا يكون مؤجلا بمنزلة الثمن فى البيع فانه لا يشترط قبضه فى المجلس الا ان هنا الشرط أن يكون حالا لان ما يقابله مؤجل والنسيئة بالنسيئة حرام ولا تنعدم صفة الحلول بترك القبض فيه يوما أو يومين ولكنا نقول السلم أخذ عاجل بآجل فيشترط كون أحد البدلين فيه معجلا كما يشترط أن يكون الآخر مؤجلا ليتوفر على هذا العقد مقتضاه والتعجيل إنما يحصل بالقبض في المجلس فكان ينبغى أن يشترط اقتران القبض بالعقد فانه أتم مايكون من التعجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحالة العقد تيسيراً كما فى عقد الصرف ثم ان كان رأس المال دينا فالعقد يبطل بالافتراق قبل قبض رأس المال قياسا واستحسانا لانه دين بدين وان كان رأس المال عينا فنى القياس لا يبطل العقد لانهما افترقا عن عين بدين وذلك جائز كبيع العين بثمن مؤجل ولكنه استحسن لمراعات اسم هذا العقد ولان جواز عقد السلم لحاجة المسلم اليه وانما يتوفر عليه حاجته اذا وصل رأس المال اليه فيشترط وصوله الى يده مقرونا بالعقد ثم حالة المجلس جعلت كحالة العقد فلهذا يفسد بترك قبض رأس المال فى المجلس وان كان عينا وان قبض الدراهم ثم افترقا فوجدها زيوفا فانه يردها وينتقض السلم اما اذا تجوز بها جاز العقد لان الزيوف من جنس الدراهم ولكن فيه عيب ووجود العيب في الشيء لا يجعله في حكم جنس آخر ثم الزيوف ما زيفه بيت المال ولكن يروج فيما بين التجار والنبهرجة مانبهرجه التجار وربما تسامح فيه بعضهم وربما يأباه بعضهم لغش فيه وبهذا لايخرج من ان يكون من جنس الدراهم فقابضه يكون مستوفيا لحقه فاذا تجوز به تجوز بخلاف ماذا وجد المقبوض ستوقه او رصاصا فان ذلك ليس من جنس الدراهم فان الستوقة فلس مموه بالفضة ومعناه من طاقه والرصاص ليس من جنس الدراهم فلا يصير بقبضه مستوفيا لرأس المال فاذا تجوز بها كان مستبدلا لا مستوفيا والاستبدال برأس المال قبل القبض لا يجوز فاما اذا رده فى القياس ينتقض السلم سواء استبدل فى مجلس الرد أو لم يستبدل وصار الكل زيوفا أو البعض وهو قول زفر لان الرد بعيب الزيافة ينقض القبض من الاصل بدليل أنه يرجع بموجب العقد وهو الجياد والعقد لا يوجب القبض

مرتين فلو لم ينتقض القبض الاول من الاصل لما كان له أن يرجع بموجب العقد وبدليل أنه لو لم يستبدل فى مجلس الرد بطل العقد وبقاء القبض ليس بشرط لبقاء العقد واذا ثبت انتقاض القبض من الاصل صار كأن لم يوجد فيبطل العقد بقدر المردود كما لو وجده مستحقاً ولان رأس المال دين والدين يختلف باختلاف الوصف وانما يكون الزيوف رأس المال باعتبار إسقاط حقه عن الجودة اذا تجوز به فاذا أتى ذلك بالرد تبين أنه فارقه قبل قبض حقه فبطل العقد كما لو وجد المقبوض ستوقا أو رصاصاً واستحسن أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فقالا اذا استبدل في مجلس الرد بقي العقد صحيحا سواء وجد الكل زيوفا أو البعض لانهما افترقا عن قبض صحيح حتي لو تجوز به جاز فانما انتقض ذلك القبض بالرد وصار العقد عند الردموجبا قبض الجياد وهما مجتمعان فى مجلس الرد فيجعل اجتماعهما في مجلس الرد كاجتماعهما فى مجلس العقد فاذا افترقا بعد قبض موجب العقد وهى الجياد بقى العقد صحيحا كما لو زادفى رأس المال وافترقا عن مجلس الزيادة قبل القبض وهذا بخلاف الاستحقاق فقبض المشترى موقوف على إجازة صاحبه ألا ترى ان المسلم اليه لو أراد أن يرضي به لا يتمكن من ذلك والموقوف اذا بطل صار كانه لم يكن فاذا نفذ باجازة المستحق التحق بما لو كان نافذاً في الابتداء كالمبيع الموقوف فلهذا اذا أجاز المستحق بقى العقد صحيحا واذا أبى وأخذ دراهمه كان العقد باطلا وأبو حنيفة أخذ بالقياس اذا وجد الكل زيوفا أو كانت الزيوف أكثر وأخذ بالاستحسان اذا قل المردود بعيب الزيافة لان فى القليل بلوى وضرورة فدراهم الناس لا تخلو عن قليل زيف فيذهب على الناقد وان كان بصيرا واقامة مجلس الرد مقام مجلس العقد لدفع الحرج فان الموجود فى هذا المجلس شرط بوجه المطالب بموجب العقد وهو الرد لا سببه واقامة الشرط مقام السبب لدفع الحرج وذلك يتحقق فيما تتحقق فيه البلوى وهو القليل دون مالا بلوى فيه وهو الكثير بل الكثير كالمستحق قل أو كثر لان دراهم الناس لا تخلو عن المستحق عادة وهذا بخلاف الزيادة لان أصل العقد ما كان موجبا لهذه الزيادة وانما صار الآن موجبا فكان هذا المجلس فى حق الزيادة مجلس السبب بمنزلة مجلس العقد فى حق رأس المال واذا وجد القبض فى مجلس الزيادة لم يضرهما الافتراق بعد ذلك ثم اختلفت الروايات عن أبي حنيفة فى الفرق بين القليل والكثير ففى كتاب البيوع يقول مادون النصف قليل والنصف فما فوقه كثير وفى كتاب الصرف يقول النصف فما دونه قليل وفى رواية عن

أبى حنيفة الثلث كثير فان النبي صلي الله عليه وسلم قال لسعد رضى الله تعالى عنه والثلث كثير فاذا وجد الثلث زيوفا فرده يبطل العقد بقدره ووجه هذه الرواية ان قلة الشيء وكثرته تتبين بالمقابلة فان العشرة بمقابلة الدرهم كثيرة وبمقابلة المائة قليلة فاذا كانت الزيوف دون النصف قلنا اذا قوبلت الزيوف بالجياد فالزيوف قليلة وان كانت اكثر من النصف فهى كثيرة عند المقابلة بالجياد فاذا كان النصف سواء ففى رواية كتاب البيوع قال هذا كثير لا يقابله ماهو أكثر منه لتتبين قلته بالمقابلة وفى كتاب الصرف قال الشرط كثرة المردود ولا تتبين كثرته اذالم يكن مايقابله أقل منه وقد كان العقد صحيحا فى الكل فلا تنتقض بالشك وكذلك حكم الصرف فى جميع ماذكرنا. قال(رجل أسلم الي رجل فى طعام وأخذ منه كفيلا بالمسلم فيه ثم صالح الكفيل علي رأس ماله وذلك دين)فالصلح موقوف علي اجازة المسلم اليه فى قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فان اختار رد رأس المال جاز وان رد الصلح بطل واسترد الكفيل دراهمه وطالب رب السلم بطعام السلم أيهما شاء وعند أبى يوسف الصلح جائز بين الكفيل ورب السلم ويرجع الكفيل على المسلم اليه بطعام السلم وهذا اذا كان رأس المال دراهم أو دنانير فان كان رأس المال عروضا لايجوز الصلح بالاتفاق لانه اذا كان رأس المال ثوبا فاما ان يصح الصلح عن ذلك الثوب بعينه وهو باطل لانه ملك المسلم اليه فلا يكون الكفيل قادراً علي تسليمه واما أن يصح علي ثوب غيره وهو باطل أيضا لانه يكون استبدالا برأس المال وكذلك الصلح على قيمة ذلك الثوب يكون استبدالا فلا يجوز فاما اذا كان رأس المال دراهم أو دنانير فالخلاف فيه يتحقق وجه قول ابى يوسف وهو أن صلح الكفيل عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون علي أى بدل كان بدليل جواز ذلك من الاصل ثم الكفيل فى سائر الديون لو صالح على بدل جاز صلحه ورجع علي المكفول عنه بما كفل عنه فكذلك الكفيل بالسلم اذا صالح على رأس المال وهذا لان الكفيل مطلوب بالمسلم فيه كالاصيل اذا كان قادراً علي تسليم رأس المال اليه وبهذا فارق مالو كان رأس المال عيناً فى يد المسلم اليه لان الكفيل لايقدر على تسليمه ولو صالح علي قيمته كان مستبدلا لا مسترد الرأس المال ولا يقال في هذا الصلح تمليك طعام السلم من الكفيل لان تمليك الدين من غير من عليه الدين فى سائر الديون لايجوز الصلح أيضا ثم جاز الصلح مع الكفيل في سائر الديون عرفنا انه ليس بتمليك الدين ولكن يعقد الكفالة كما وجب للطالب علي الكفيل

وجب للكفيل على الاصيل الا أنه مؤخر الى أن يسقط مطالبة الطالب عن الاصيل وقد سقط ذلك بصلحه على رأس المال كما يسقط بايفائه فلهذا كان له أن يرجع على المسلم اليه بطعام السلم وجه قولهما أن الصلح عن المسلم فيه على رأس المال فسخ للعقد بدليل أنه يختص برأس المال وأنه يصح بلفظ المتاركة والاقالة فانه لو لم يكن فسخا كان هذا استبدالا لبقاء العقد الموجب لطعام السلم والاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز والكفيل أجنبي من العقد فلا يملك الفسخ كسائر الاجانب والكفيل بالثمن فى البيع وهذا لان الفسخ تصرف في العقد فلا يجوز من العاقد أو ممن قام مقام العاقد أو ممن كان وقع العقد له والكفيل بهذه الصفة وانما التزم ما التزمه من الكفالة فلا يصير به فى حكم العاقد للسلم بخلاف المسلم اليه فانه عاقد فيجوز صلحه بطريق الفسخ والدليل على الفرق ان رب السلم اذا زاد للمسلم اليه درهما جاز ولو زاد الكفيل فى رأس المال درهما كان باطلا وبه فارق سائر الديون فالصلح هناك ليس بتصرف فى السبب الموجب للفسخ وانما هو تصرف في الدين الواجب ولهذا جاز بأى بدل كان والكفيل مطلوب بالدين كالاصيل ولهذا جاز الصلح معه. قال (واذا أسلم الرجلان الى رجل فى طعام فصالحه احدهما على رأس ماله فالصلح موقوف) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فان أجازه الآخر جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقى من طعام السلم مشتركا بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل وعند أبى يوسف الصلح جائز بين المصالح والمسلم اليه لما قلنا في المسئلة الاولى ان الصلح عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون علي أى بدل كان عنده ثم أخذ رب الدين اذا صالح عن نصيبه مع المديون علي بدل جاز الصلح ويخير الآخر بين أن يشاركه فى المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه من الدين كذلك هنا اذا صالح على رأس المال ولان أكثر ما فيه ان هذا فسخ العقد ولكل واحد من المتعاقدين حق التفرد بالفسخ فى نصيب نفسه كما فى بيع العين لو اشترى رجلان عينا ثم أقال أحدهما البيع في نصيبه مع البائع جاز بدون رضي الآخر فهذا مثله وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قال فى هذا الصلح قسمة الدين قبل القبض وذلك لا يجوز بيانه أنه ان كان صلحه عن نفسه خاصة فلا يتحقق ذلك الا بأن يتميز نصيبه عن نصيب صاحبه وهذا هو القسمة وان كان صالحه عن النصف من النصيبين جميعا فلا يمكن تصحيحه بدون اجازة الآخر لتناوله نصيبه وفقه هذا الكلام أن وجوب المسلم فيه بعقدهما

اذا هو لم يمكن موجوداً قبل العقد والعقد منهما واحد فكل واحد منهما فى التصرف فيه كشطر العلة وبشطر العلة لا يثبت شئ من الحكم ما لم يتم ذلك باجازة الآخر كالمعتقة بين رجلين زوجها احدهما وبه فارق بيع العين فقد كانت العين هناك موجودة قبل العقد محلا لتصرف كل واحد منهما الا أن يكون ثبوت ولاية التصرف فيه لكل واحد منهما بالعقد فلهذا كان الفسخ من كل واحد منهما فى نصيبه كأنه كان منفرداً به وهناك المسلم فيه لم يكن موجوداً قبل العقد وجواز التصرف باعتبار وجوبه بالعقد فكان كل واحد منهما فيه كشطر العلة ولانه لو جاز الصلح من احدهما هنا يؤدى الى ان يسقط حق رب السلم عن المسلم فيه ويتقرر فى رأس المال ثم يعود فى المسلم فيه وذلك لا يجوز كما لو تقايلا السلم ثم أراد فسخ الاقالة لم يجز ذلك بخلاف بيع العين وبيان الوصف أن الآخر اذا اختار المشاركة فى المقبوض مع المصالح كان ما بقى من طعام السلم مشتركا بينهما وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه وتقرر في رأس المال فلا يجوز أن يعود حقه بعد ذلك فى المسلم فيه وبه فارق سائر الديون الا ان أبا يوسف يقول انما لا يجوز أن يعود حقه فيما كان ساقطا لان الساقط مثلا شئ كما فى فصل الاقالة وهنا انما يعود بحقه فيما هو قائم وهو النصف الباقى من طعام السلم وأما بيان قول أبي يوسف فانه يقول للآخر الخيار فان شاء شارك القابض فى المقبوض لان أصل رأس المال كان مشتركا بينهما فلا يسلم لاحدهما منه شئ الا بتسليم الآخر واذا شاركه فى المقبوض كان الباقي في ذمة المسلم اليه مشتركا بينهما وان شاء سلم المقبوض للقابض ويرجع على المسلم اليه بطعام السلم فاذا فعل ذلك ثم أراد الرجوع عن شريكه لم يكن له ذلك لانه كان مخيراً بين شيئين فاذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه كالغاصب مع غاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما فليس له أن يرجع فيضمن للآخر بعد ذلك فان نوى ما على المسلم اليه كان له أن يرجع على شريكه بنصف المقبوض لانه انما سلم له المقبوض بشرط أن يسلم له ما فى ذمة المسلم اليه فاذا نوى بطل تسليمه كالمحتال عليه اذا مات مفلساً عاد الدين الى ذمة المحيل. قال (وهذا بمنزلة رجلين لهما على رجل مائة درهم فصالحه أحدهما من حصته على ثوب وسلم له الآخر واختار اتباع المديون فنوى ما عليه) كان له ان يرجع علي صاحب الثوب في الثوب فيأخذ منه نصفه الا ان يرضى صاحب الثوب أن يرد عليه خمسة وعشرين درهما ولا يعطيه شيئاً من الثوب كان له ذلك حينئذ والخيار فيه الى صاحب الثوب كما في

الابتداء لو اختار المشاركة معه كان صاحب الثوب بالخيار بين أن يعطيه خمسة وعشرين درهما وبين أن يعطيه نصف الثوب لان من حجته أن يقول مبنى الصلح علي التجوز بدون الحق انما توصلت الى نصيبي لأنى رضيت بدون حق بخلاف ما اذا اشترى بنصيبه ثوبا وهذا فرق معروف في كتاب الصلح وكذلك لو كان بالسلم كفيل فصالح أحد صاحب السلم مع الكفيل علي رأس ماله فهو كالصلح مع الاصيل على الخلاف الذى بيناه. قال (واذا أسلم الرجل الى رجل دراهم في طعام ثم صالحه على رأس ماله ثم أراد أن يشترى برأس ماله شيئا قبل أن يقبضه) فى القياس له ذلك وهو قول زفر لان عقد السلم ارتفع بالفسخ بقى رأس المال فى ذمته بحكم القبض لا بحكم العقد وهو دين لا يستحق قبضه فى المجلس فيجوز الاستبدال به كسائر الديون الا ترى أن السلم لو كان فاسدا كان له أن يستبدل برأس المال قبل الاسترداد لهذا المعنى واستحسن علماؤنا رحمهم الله فقالوا لا يجوز ذلك لحديث أبي سعيد الخدرى رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا أسلمت في شئ فلا تصرفه فى غيره فلو جوزنا هذا كان صارفا حقه من طعام السلم الي شئ آخر بهذا الطريق وفي الحديث المعروف لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك وبهذا الطريق نأخذ شيئا آخر غير رأس المال وغير المسلم فيه وذلك غير جائز ثم حال رب السلم مع المسلم اليه بعد الفسخ كحال المسلم اليه مع رب السلم حال قيام العقد قبل قبض رأس المال فكما لا يجوز الاستبدال هناك فكذلك لا يجوز هنا وبه فارق السلم الفاسد من الأصيل لانه ما كان موجبا تسليم رأس المال ليعتبر الانتهاء بالابتداء وهنا العقد كان موجبا تسليم رأس المال فاعتبرنا حال الفسخ بحال العقد فى المنع من الاستبدال. قال (واذا أسلم دراهم ودنانير فى طعام وقد علم وزن أحدهما ولم يعلم وزن الآخر فلا خير فيه) عند أبي حنيفة وجائز عندهما لان اعلام قدر رأس المال عندهما ليس بشرط والاشارة الى العين تكفى وعند أبى حنيفة اعلام القدر فيما يتعلق العقد على قدره شرط فاذا لم يعلم وزن احدهما بطل العقد فى حصته لانعدام شرط الجواز فيبطل في حصة الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر والسلم فى المجهول لا يصح ابتداء . قال (واذا أسلم عشرة دراهم في ثوبين أحدهما هروى والآخر مروى فلم تتبين حصة كل واحد منهما من رأس المال لا يجوز العقد) عند أبى حنيفة كما فى الحنطة والشعير لان الانقسام باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يتيقن بحصة كل واحد من للثوبين الا بالقسمة وان كانا موصوفين بصفة واحدة ففى القياس كذلك لان الثياب

ليست من ذوات الامثال والانقسام على الثوبين باعتبار القيمة كما لو اشتراهما عينا وفي الاستحسان يجوز لان الموصوفين بصفة واحدة لا يتفاوتان في الظاهر فى المالية ماداما فى الذمة والانقسام حال كونهما فى الذمة لحصة كل واحد منهما نصف رأس المال بيقين فيجوز العقد من غير اعلام حصة كل واحد منهما كما لو أسلم عشرة في كرين من حنطة بخلاف مالو اشتراهما عينا فانهما يتفاوتان فى المالية اذا كانا عينين فلهذا كان انقسام الثمن عليهما باعتبار القيمة فان قبض الثوبين فى السلم ثم أراد ان يبيع احدهما مرابحة علي خمسة دراهم فليس له ذلك عند أبى حنيفة الا أن يبين وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بذلك لان حصة كل واحد منهما من رأس المال معلومة بيقين فبيعه مرابحة علي ذلك كالكرين وبيانه ماذكرنا ان الثمن بمقابلة ما تناوله العقد ولا تفاوت فى ذلك ولهذا جاز العقد عند أبي حنيفة والدليل عليه أنهما لو تقايلا السلم فى أحدهما يرد من رأس المال خمسة ولو وجد باحدهما عيبا فرده يرده بخمسة فعرفنا ان حصة كل واحد منهما خمسة بيقين فكانه سمى ذلك في العقد وأبو حنيفه يقول اشترى الثوبين بثمن واحد فلا يبيع احدهما مرابحة كما لو اشتراهما عيناً بخلاف الكرين فان هناك لو اشتراهما عينا كان له ان يبيع احدهما مرابحة وبيان الوصف أن رب السلم مشترى والمسلم فيه مبيع فاذا قبض المسلم فيه كان المقبوض عين ماتناوله العقد لا غيره لانه ان جعل غيره كان استبدالا بالمسلم فيه وذلك لا يجوز فمن هذا الوجه جعل كأنه عين ماتناله العقد فاما فى الحقيقة هو غيره لان العقد يتناول دينا فى الذمة والعين غير الدين فباعتبار هذه الحقيقة لم يكن المقبوض عين ماتناوله العقد فلا بد من طريق يجعل بذلك الطريق كانه عين المعقود عليه وذلك الطريق ن يجعل عند القبض كانهما جددا ذلك العقد على المقبوض وهو معنى قول المتقدمين رحمهم الله للقبض فى باب السلم حكم عقد جديد والدليل عليه ما قاله فى الزيادات لو أسلم الى رجل مائة درهم فى كر حنطة ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتى درهم الى سنة وقبضه فلما حل الطعام فى السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ماباع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وانما يكون ذلك اذا جعلا عند القبض كأنهما جددا العقد عليه واذا تقرر هذا فهو وما لو اشتراهما عينا بثمن واحد سواء وقال في السير الكبير لو أحرز المشركون كرا لرجل من المسلمين بدراهم فدخل اليهم مسلم وأسلم اليهم مائة درهم فى كر حنطة فاعطوه ذلك الكر فاخرجه فلاسبيل للمالك القديم عليه لانه أخذه عوضا عن الكر الذي له فى ذمتهم فلو

أخذه المالك القديم أخذه بمثله وذلك غير مفيد وفي السلم عند القبض يصير كالمجدد للعقد علي ذلك الكر بالمائة فيأخذه المالك القديم بذلك ثم أكثر ما في الباب أن يثبت شبهة تجديد العقد بينهما وان لم يثبت الحقيقة والشبهة فى بيع المرابحة بمنزلة الحقيقة ألا ترى أنه لو اشترى شيئاً بثمن مؤجل لا يبيعه مرابحة من غير بيان لشبهة الزيادة بسبب الاجل ولو أخذ عينا صلحا من دين له علي انسان لا يبيعه مرابحة على ذلك الدين لشبهة الحط بسبب الصلح والذي يوضح كلام أبي حنيفة أن الثوبين الموصوفين لا يتفاوتان فى الذمة ويتفاوتان بعد التعيين ألا ترى أنه لو قبضهما وباع أحدهما من إنسان ثم استهلك ذلك الثوب علي المشترى لا يجب عليه تسليم الثوب الآخر وانما يجب قيمة المستهلك فدل أنهما لا يتماثلان عينا فجاز العقد فى الابتداء في الدين وكذلك الاقالة فى أحدهما وأما بيع المرابحة لا يكون الا بعد التعيين فيعتبر التفاوت فى حكم بيع المرابحة فلا يبيع أحدهما مرابحة من غير بيان ولا بأس بأن يبيعهما مرابحة علي غيره لان ثمنهما مسمى معلوم كما لو اشتراهما عينا. قال (ولا بأس بالسلم فى المسوح والاكسية والعبا والجواليق والكرابيس بصفة معلومة عرضا وطولا ورقعة) لما بينا ان اعلامه علي وجه لا يبقى فيه تفاوت في المالية ولا يبقي بينهما منازعة فى التسليم تمكن . قال (ولا بأس بالرهن والكفيل فى السلم أما برأس المال يجوز أخذ الكفيل والرهن عندنا ولا يجوز عند زفر وله في السلم روايتان لان الرهن والكفيل مما يتأخر قبضه وقبض رأس المال مستحق في المجلس فأخذ الكفيل والرهن به لا يفيد ولكنا نقول رأس المال دين واجب علي رب السلم فالكفيل يلتزم المطالبة بما هو مضمون علي الاصيل وهو شرط صحة الكفالة والرهن للاستيفاء ورأس مال السلم دين يستوفى فان هلك الرهن فى المجلس وفى قيمته وفاء برأس المال صار مستوفيا به رأس المال فان افترقا قبل هلاك الرهن بطل السلم لان الاستيفاء لا يتم الا بهلاك الرهن والافتراق قبل تمام القبض يبطل السلم وكذا ان نقد الكفيل رأس المال قبل أن يتفرق المتعاقدان تم العقد وان افترقا قبل أن ينقد الكفيل بطل العقد ولا معتبر بذهاب الكفيل لانه ليس بعاقد حتى لو ذهب وجاء برأس المال قبل افتراق المتعاقدين فادى تم العقد وهذه ثلاثة فصول الوكالة والكفالة والحوالة والجواب فى الكل واحد ان قبض رأس المال من الوكيل أو المحتال عليه قبل افتراق المتعاقدين تم عقد السلم ولا معتبر بذهاب الوكيل والمحتال عليه وأما أخذ الرهن والكفيل يجوز بالمسلم فيه وهكذا ذكر ابن شجاع عن زفر رحمهما الله تعالى

وذكر الحسن عن زفر رحمهما الله تعالى انه لا يجوز فعلى رواية ابن شجاع قال كل دين لا يجوز قبضه فى المجلس ويجوز التأجيل فيه فأخذ الرهن والكفيل به صحيح للتوثيق والمسلم فيه بهذه الصفة بخلاف رأس المال وبدل الصرف وعلى الرواية الاخرى قال كل دين لايجوز الاستبدال به قبل القبض فأخذ الرهن والكفيل به لا يجوز لان فى الكفالة اقامة ذمة الكفيل مقام ذمة الاصيل فيكون فى معنى الاستبدال من حيث المحل والحوالة كذلك وفي الرهن يصير مستوفيا بالهلاك والرهن ليس من جنس الدين فكان هذا استبدالا فعلى هذا لا يجوز الرهن بالمسلم فيه ورأس المال وبدل الصرف وحجتنا في ذلك ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اشترى من يهودى طعاما نسيئة ورهنه درعه وشراء الطعام نسيئة يكون سلما وقد روى عن ابن عباس رضي الله تعالي عنهما أنه جوز الرهن بالسلم واستدل فيه بقوله تعالى(يأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى قوله تعالى فرهان مقبوضة)والمعنى فيه أن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا عين حقه لا مستبدلا فان عين الرهن لا تكون مملوكة للمرتهن ولهذا لوكان الرهن عبداً فمات كان كفنه علي الراهن وانما يصير مستوفيا دينه من ماليته والاعيان باعتبار صفة المالية جنس واحد ولهذا لو ارتهن أحد الشريكين بنصيبه من الدين فهلك الرهن يرجع شريكه عليه بنصف نصيبه من الدين واذا ثبت انه استيفاء لا استبدال جاز الرهن بكل دين يجب استيفاؤه وفى الحوالة والكفالة لا شك فان المستوفي من الكفيل والمحتال عليه كالمستوفي من الاصيل في انه عين حق الطالب لا بدله. قال(واذا أسلم في شئ من الثياب واشترط طوله وعرضه بذراع رجل معروف لم يجز كما فى المكيل اذا عين المكيال)وهذا لان مقدار المسلم فيه بالذراع المعروف وربما يموت ذلك الرجل فيتعذر تسليم المسلم فيه اذا حل الاجل واذا اشترط كذا و كذا ذراعا فهو جائز وله ذراع وسط لان مطلق التسمية تنصرف الي المتعارف كمطلق تسمية الدراهم في الشراء تنصرف الي نقد البلد والمتعارف الذراع الوسط ويسمى المكسرة وسمى لذلك لانه كسره من ذراع قبضة الملك وان الذراع الوسط سبع قبضات وهى تسع مسببات ومعرفة هذا فى كتاب العشر والخراج. قال(واذا أسلم فى الحرير وزنا ولم يشترط الطول والعرض لم يجز)لان المالية لا تصير معلومة الا ببيان الطول والعرض فى الثياب ولانه لو جاز هذا لكان يأتيه بقطاع الحرير بذلك الوزن الذى سمى فيجبر على أخذه ونحن نعلم انه لم يقصد ذلك فلهذا لا يجوز مالم يبين

الطول والعرض ولا بد من بيان الوزن أيضا فيما تختلف ماليته بالثقل والخفة كالحرير والوذارى وما أشبه ذلك وان اشترط الطول والعرض بقيمان غير الذراع فان كان قيمانا معروفا من قيامين التجار فهو جائز لان المقدار يصير معلوماً بذلك وهو المقصود وكذلك القدرة على التسليم تحصل بتسمية ذلك. قال (وان اشترط الرجل فى سلمه ثوبا جيداً ثم جاء به المسلم اليه فقال رب السلم ليس هذا بجيد وقال المسلم اليه جيد فان الحاكم يريه رجلين من أهل تلك الصناعة) لانه لا علم عنده فيما اذا اختلفا فيه فيرجع الى من له فيه علم كما لو احتاج الى معرفة قية المستهلك والاصل فيه قوله تعالى فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فاذا اجتمعا على أنه جيد مما يقع عليه إسم الجودة وإن كان ليس بنهاية فى الجودة أجبر رب السلم على أخذه لان المسلم اليه وفى بما شرط له فالمستحق بالتسمية أدنى مايتناوله الاسم اذ لا نهاية للاعلى فانه مامن جيد الا وفوقه أجود منه ألا ترى أنه لو اشترط فى العبد أنه كاتب أو خباز فانه يستحق به أدنى ما يتناوله الاسم وانما شرط المثنى لانه يحتاج الى فصل الخصومة بينهما وانما يمكنه ذلك بحجة تامة وهو قول المثنى. قال (وان كان اشترط وسطا فأتاه المسلم اليه بجيد أجبر رب السلم على قبوله)وعلى قول زفر لايجبر لان الجيد غير الوسط وهو متبرع عليه بصفة الجودة ولو تبرع عليه بزيادة قدر كان له أن لايقبل تبرعه فكذلك اذا تبرع بالجودة ولكنا نقول أوفاه حقه بكماله وأحسن في قضاء الدين قال صلي الله عليه وسلم خيركم أحسنكم قضاء للدين وقال للوزان زن وأرجح فانا معاشر الانبياء هكذا نزن. قال (فان أتاه بالثوب الجيد والمشروط عليه ثوب وسط وقال خذ هذا وزدنى درهما فلا بأس بذلك ان فعل) وهذه فى الحاصل ثمانية فصول أربعة في الثياب واربعة فى المقدرات أما في الثياب ان أتاه بأزيد وصفا أو بأدون وصفاً أو بأزيد قدراً أو بانقص قدراً أما فى الثياب ان أتاه بأزيد وصفا أو ذرعا بان أتاه باحد عشر ذراعاً وقد كان المسلم فيه عشرة أذرع فقال خذ هذا وزدنى درهما يجوز وتكون تلك الزيادة بمقابلة صفة الجودة أو الذراع الزائد وذلك مستقيم ألا ترى أنه لوباعه ثوبا جيداً بثوب وسط ودرهم يجوز ولو باعه أحد عشر ذراعا بعشرة أذرع ودرهم يجوز فكذلك القبض بحكم السلم ولو أتاه بأنقص وصفا بان أتاه بثوب ردى فقال خذ هذا وأرد عليك درهما لا يجوز لان هذا منهما إقالة للعقد في الصفة وحصة الصفة من رأس المال غير معلومة فلا تجوز الاقالة فيه وكذلك لو أتاه بتسعة أذرع فقال خذ هذا

وأرد عليك درهما لان الذرع فى الثوب صفة ولان رأس المال لا ينقسم علي ذرعان الثوب باعتبار الاجزاء فلم تكن حصة الذرع معلومة من رأس المال فلا تجوز الاقالة فيه أما في المقدرات لو أسلم عشرة دراهم فى عشرة أقفزة حنطة وسط فأتاه بطعام جيد وقال خذ هذا وزدني درهما فانه لا يجوز لان الدرهم الزائد بمقابلة الجودة ولا قيمة للجودة فى الاموال الربوية ألا ترى انه لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز وسط ودرهم لا يجوز وهذا فى معنى ذلك فانه يأخذ هذا القفيز الجيد عوضا عن الوسط الذى له في ذمته وعن الدرهم الزائد ولو أتاه باحد عشر قفيزاً وقال خذ هذا وزدني درهما جاز لان الدرهم الزائد بمقابلة القفيز الزائد وهو جائز ولو أتاه بعشرة أقفزة رديئة فقال خذ هذا وأرد عليك درهما لا يجوز لانه لا قيمة للصفة فكيف تستقيم الاقالة على القيمة فيه ولو أتاه بتسعة أقفزة وقال خذ هذا وأرد عليك درهما يجوز بخلاف الثوب لان رأس المال ينقسم على القفيزين باعتبار الاجزاء فحصة القفيز من رأس المال معلومة بخلاف ذرعان الثوب وعن أبي يوسف أنه يجوز فى الفصول كلها ذكر قوله فى كتاب الصلح لان رب السلم يزيد في رأس المال فتلحق الزيادة باصل العقد أو المسلم اليه يحط شيئا من رأس المال والحط أيضاً يلتحق بأصل العقد لا أن يكون بمقابلة الصفة أو يكون فيه اقالة العقد فى شئ ثم المسلم اليه أجنبي فى قضاء الدين اذا أتى بالاجود ورب السلم أحسن اليه حين تجوز بالردئ فاذا أمكن تحصيل مقصودهما بهذا الطريق وجب حمل تصرفهما عليه عملا بقوله تعالى (فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه) ولكنا نقول هذا اذا لم ينصا على النص والمقابلة أما اذا نصا على ذلك لا يمكن حمل فعلهما على التبرع كما لو باع درهما بدرهمين لا يجوز ولا يجعل أحد الدرهمين هبة وذكر أبو سليمان عن أبى يوسف رحمهما الله أن أبا حنيفة جوز ذلك فى الثياب ولم يجوزه في الطعام وهذه الرواية تخالف رواية محمد فى الثوب اذا أتاه بأردئ مما شرط أو بأنقص مما شرط والاعتماد على رواية محمد . قال (واذا اختلفا فى السلم فقال الطالب شرطت لى جيدا وقال المطلوب شرطت لك وسطا أو قال الطالب أسلمت اليك فى حنطة وقال المطلوب أسلمت الى فى شعير تحالفا وترادا) وحكم التحالف ثابت بالسنة بخلاف القياس فان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وفى حديث آخر قال اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالقول ما يقوله البائع أو يترادان وسنقرر هذا فى باب التحالف ان شاء الله تعالى فنقول الآن اذا اختلفا

فى جنس المعقود عليه فتعلق العقد بالمعقود عليه أكثر من تعلقه بالثمن ثم لو اختلفا فى جنس الثمن تحالفا ففى جنس المعقود عليه أولى وكذلك اذا اختلفا فى الصفة لان المسلم فيه دين وانما يعرف الدين بصفته فالجيد منه غير الوسط ألا ترى أنهما لو أحضرا كانا غيرين والاختلاف في الصفة فيما هو دين يكون اختلافا في المعقود عليه فيجرى التحالف بينهما بخلاف ما اذا اختلفا فى الصفة فى بيع العين فان العين لا تختلف باختلاف صفته فلا يكون ذلك اختلافا بينهما في المعقود عليه. قال (والذى يبدأ به فى اليمين المطلوب فى قول أبى يوسف الاول) لانه بمنزلة البائع وصاحب الشرع عليه الصلاة والسلام قال فالقول ما يقوله البائع فظاهر هذا يقتضى أن يكتفى بيمينه وقد قام الدليل علي انه لا يكتفى بذلك فيبقى هذا الظاهر معتبراً فى البداية بيمينه ولانه أشبه بالمنكرين فانه ينكر ما ادعاه الطالب من الجنس والصفة لنفسه واليمين على المنكر ثم رجع وقال يبدأ بيمين الطالب وهو قول محمد لان أول التسليمين فى عقد السلم علي الطالب وهو رأس المال فلذلك أول اليمينين عليه ولانه بنكوله يثبت ما ادعاه المطلوب منه ويقع الاستغناء عن يمينه وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول القاضى يقرع بينهما ويبدأ بيمين من خرجت قرعته نفياً لتهمة الميل عن نفسه وقيل الرأى في ذلك الى القاضى وقيل ينظر أيهما سبق بالدعوة يبدأ بيمين خصمه وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله قائم مقام اقراره وان قامت لهما جميعاً بينة أخذت بينة الطالب لان فى بينته زيادة اثبات ولانه يقيم البينة على حق نفسه فالمطلوب انما يقيم البينة علي حق الطالب وبينة الانسان على حق نفسه أولى بالقبول وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعن محمد ان كان افترقا عن مجلس العقد فكذلك الجواب وان لم يفترقا عن مجلس العقد يقضي بسلمين عشرة فى كر حنطة ببينة رب السلم وعشرة في كر شعير ببينة المسلم اليه ومحمد رحمه الله يقول البينات حجج فمهما أمكن العمل بها لا يجوز ابطال شيء منها وهنا العمل بالبينتين يمكن اذ لا منافاة بين العقدين فيجب العمل بهما كحجج الشرع بخلاف ما بعد الافتراق فانه ما قبض فى المجلس الا عشرة واحدة فلا يمكن القضاء بالعقدين فلهذا رجحنا بينة الطالب وقاس هذا ببيع العين فانه لو قال بعت منك هذه الجارية بألف درهم وقال المشترى بعتنى العبد بألف درهم وأقاما جميعاً البينة يقضى بالعقد فيهما جميعاً بالاتفاق فكذلك فى السلم وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان مع اختلافهما اتفقا على أنه لم يكن بينهما الا عقد واحد فالقضاء بالعقدين قضاء بما لم

يطلبا وليس للقاضى ذلك يقرره انه لا مقصود للمطلوب فى هذه البينة اثباتاً لان حقه فى رأس المال وهو سالم له ولا مؤنة عليه فى ما فى ذمته حنطة كان أو شعيراً فانما مقصوده نفى بينة الطالب فرجحنا بينة الطالب للاثبات بخلاف بيع العين فالبائع هناك ببينته يثبت ازالة العين عن ملكه ليسقط مؤنته عن نفسه بالتسليم الى المشترى فكان هو مثبتا كالمشترى فلهذا قضينا بالعقدين ثم نص على الخلاف فيما اذا اختلفا فى جنس المسلم فيه ولم يذكر ذلك فيما اذا اختلفا فى صفته ومن أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال هو على الخلاف أيضا ومنهم من فرق لمحمد بينهما فقال باختلافهما فى الصفة لا يتحقق الخلاف فى العقد ألا ترى أنه قد يسلم فى الجيد ويأخذ مكانه رديئا ويجوز أن يسلم في الرديء فيعطيه مكانه جيدا فعرفنا أن باختلاف الصفة لا يختلف العقد فلا يمكن القضاء هناك بالعقدين بخلاف الجنس فان بالسلم بالحنطة لا يجوز أخذ الشعير فكان الاختلاف في ذلك اختلافا في العقد وقد أثبت كل واحد منهما ما ادعى من العقد بالبينة فيقضى بالعقدين فان لم يكن لهما بينة وتحالفا فسخ القاضي العقد بينهما اذا طلب ذلك احدهما قطعا للمنازعة لما فى امتدادها من الفساد ودفع الضرر عن كل واحد منهما باعادة رأس ماله اليه وقد بينا فى باب اللعان انه يفرق بينهما بعد التلاعن من غير طلبهما لان حرمة الاجتماع بين المتلاعنين ما داما مصرين حق الشرع فلا يتوقف التفريق على طلبهما أو طلب أحدهما وهنا فسخ العقد حقهما فيتوقف على طلبهما أو طلب أحدهما. قال (فان لم يختلفا فى المسلم فيه ولكن اختلفا في مكان الايفاء) فقال الطالب شرطت لى مكان كذا وكذا وقال المطلوب بل مكان كذا وكذا فان أقام البينة فالبينة بينة الطالب وان لم يكن لهما بينة فالقول قول المطلوب مع يمينه وهذا قول أبى حنيفة رضي الله عنه وان لم ينص عليه في الكتاب وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يتحالفان ويترادان السلم وقيل هذا الاختلاف على القلب فان من مذهب أبي حنيفة ان بيان مكان الايفاء شرط كالصفة فلا بد من ذكره فالاختلاف فيه يوجب التحالف عنده وعندهما ليس بمنزلة الصفة بل هو زائد لا يحتاج الى ذكره والاصح أن الخلاف في موضعه فان عندهما متعين مكان الايفاء موجب العقد ولهذا لا يحتاج الى ذكره بل يتعين موضع العقد للايفاء والاختلاف في موجب العقد يوجب التحالف وعند أبي حنيفة هو موجب بالشرط كالاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف ثم وجه قولهما أن المالية فيما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الامكنة فالاختلاف فيه كالاختلاف فى

الصفة وهذا لان المقصود بالعقد المالية وأبو حنيفة يقول القياس يمنع التحالف تركنا ذلك بالسنة وانما جاءت السنة بالتحالف عند الاختلاف فيما هو من صلب العقد وهو البدل فاما المكان ليس من صلب العقد فالاختلاف فيه كالاختلاف في الاجل وهذا لان المعقود عليه لا يختلف باختلاف مكان تسليمه بخلاف الصفة فالمعقود عليه اذا كان دينا يختلف باختلاف صفته فلهذافرق بينهما فى حكم التحالف. قال(وان اختلفا فى الاجل فهو على ثلاثة أوجه اما أن يختلفا في مقدار الاجل أو فى مضي الاجل أو فى أصل الاجل فان اختلفا في مقدار الاجل فقال الطالب كان الاجل شهراً وقال المطلوب شهرين فالقول قول الطالب مع يمينه)لان الاجل حق المطلوب قبل الطالب فان باعتباره تتأخر مطالبته عنه فالمطلوب يدعى زيادة فى حقه والطالب ينكر والقول قول المنكر مع يمينه فان أقاما البينة فالبينة بينة المطلوب لاثباته الزيادة في حقه وان اختلفا فى مضيه فقال الطالب كان الاجل شهراً وقد مضى وقال المطلوب انما عقدنا العقد اليوم والاجل شهر فالقول قول المطلوب إما لان الطالب يدعى تاريخا سابقا فى العقد والمطلوب منكر لذلك أو لانهما تصادقا على ثبوت الاجل حقا للمطلوب ثم الطالب يدعى ايفاء حقه والمطلوب ينكر فالقول قول المنكر وان أقام البينة فالبينة بينة المطلوب أيضا لان المقصود اثبات الاجل وذلك ببينة المطلوب لانه يثبت قيام الاجل في الحال والطالب ينفى ذلك ببينته فكان القول قوله من وجه والبينة بينة من وجه كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله لانكاره الضمان وان أقام البينة فالبينة بينته أيضا لاثباته الرد فان اختلفا في شرط الاجل ففى القياس القول قول من ينكر شرط الاجل والعقد فاسد لان عقد السلم لا يصح الا باشتراط الاجل فمن ينكر الاجل فهو منكر للعقد في المعنى فالقول قوله ولان الاجل شرط زائد فاذا اختلفا فيه كان القول قول من ينكره كالخيار فى البيع استحسن أبو حنيفة فقال القول قول من يدعى الاجل أيهما كان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا كان الطالب يدعى الاجل فكذلك وان كان المطلوب هو الذى يدعي الاجل فالقول قول الطالب لانكاره قياسا لان الاجل حق المطلوب قبل الطالب فاذا ادعاه المطلوب وأنكر الطالب فكلاهما خرج مخرج الدعوى والانكار فكان القول قول المنكر وذا ادعى الطالب الاجل فكلام المطلوب فى الانكار تعنت لان الطالب أقر له بحقه وهو أنكر ذلك ليفسد العقد ولا يلتفت الى قول المتعنت فهو كما لو اختلفا المضارب ورب المال فقال رب المال شرطت لك

نصف الربح الاعشرة وقال المضارب بل شرطت لى نصف الربح فالقول قول رب المال لانكاره الزيادة ولوقال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب الاعشرة فالقول قول رب المال لان المضارب متعنت فى انكاره بعض ما أقر به ليفسد العقد وأبو حنيفة يقول الأجل من شرائط السلم فاتفاقهما على عقد السلم يكون اتفاقا علي شرائطه فكان المنكر منهما للأجل راجعا عما أقر به والرجوع عن الاقرار باطل ألا ترى ان الاختلاف لووقع بين الزوجين فى النكاح أنه كان بشهود أو بغير شهود يجعل القول قول من يدعى أن النكاح بشهود لهذا المعنى وهذا لان شرط الشيء تبع له وثبوت التبع بثبوت الاصل ألا ترى ان من نذر صلاة تلزمه الطهارة فاتفاقهما علي أصل العقد يكون اتفاقا على ماهو من شرائطه فان أقام البينة فالبينة بينة من يثبت الاجل لانه يثبت ببينته شرط صحة العقد اذا الاجل شرط زائد كالخيار فمن يثبته بالبينة كانت بينته أولى بالقبول. قال (واذا تتاركا السلم بعد قبض رأس المال ثم اختلفا فى رأس المال فالقول قول المطلوب مع يمينه والبينة بينة الطالب) لانه يثبت الزيادة ببينته والمطلوب ينكر تلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه ولا يتحالفان بخلاف بيع العين فانهما اذا اختلفا هناك فى الثمن بعد الاقالة تحالفا وهذا لان المقصود بالتحالف الفسخ والاقالة كالبيع فى احتمال الفسخ ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد الاقالة قبل الرد تنفسخ الاقالة ولو وجد به عيبا فان حدث عند المشترى يرده بذلك واقالة السلم لا تحتمل الفسخ حتى لو كان رأس المال عيناً لم تنفسخ الاقالة بالهلاك فى يد المسلم اليه ولا بالرد بالعيب وهذا لان المسلم فيه دين وبالاقالة يسقط والساقط متلاشى فلا يتصور فسخ السبب فيه وانما كان وجوبه بالعقد فلا يبقى بعد انفساخ العقد وبدون بقاء ما تتناوله الاقالة لا يتصور فسخ الاقالة وهناك العقد تناول العين وهو باقى بعد الاقالة. قال (واذا أسلم الرجل عشرة دراهم الى رجل فى طعام فوجد فيها درهما زائفا بعد ماافترقا فانكر رب السلم أن يكون ذلك من دراهمه فالقول قول المسلم اليه مع يمينه) لانه ينكر استيفاء حقه لان حقه في الجياد وهذا بخلاف بيع العين فان هناك المشترى اذا طعن بعيب وانكر البائع ان يكون ماأحضره هو المبيع فالقول قول البائع لان العقد تناول العين وقد تصادقا على قبض المشترى لما هو المعقود عليه ثم المشترى يدعى عليه لنفسه حق الرد والبائع منكر لذلك وهنا حق المسلم اليه يثبت فى الجياد دينا وهو منكر لقبض الجياد فالقول قوله وهذا اذا لم يسبق منه اقرار باستيفاء الجياد او باستيفاء حقه او باستيفاء رأس المال بان

كان ساكتا أو أقر بقبض الدراهم فاسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف فأما اذا أقر بشئ مما ذكرنا كان هو في دعوى الزيافة بعد ذلك مناقضاً فلا يقبل قوله. قال (واذا أسلم اليه مائة درهم فى طعام وأعطاه بعضها وأحاله على رجل ببعضها وبقى عنده بعضها ثم تفرقا فله من السلم بحساب ما نقده وقد بطل ما سوى ذلك) لافتراقهما قبل قبض رأس المال فانه بالحوالة لا يصير قابضا بل حقه في ذمة المحال عليه كهو فى ذمة المحيل وقد بطلت الحوالة لانها كانت برأس مال السلم وقد بطل حق المسلم اليه عن ذلك حين افترقا قبل القبض فتبطل الحوالة لذلك ويرجع رب السلم بالدراهم التى أحاله بها على المحتال عليه يريد به ان ذلك كان دينا للمحيل على المحتال عليه فيرجع عليه بدينه كما كان. قال (ويجوز أن يسلم الحيوان ولا مالا يكال ولا يوزن فيما يكال ويوزن) لان رأس المال معجل في هذا العقد يجوز تعينه فكل مايصلح مبيعا عينا يصلح أن يكون رأس المال وانما يجوز السلم عند انعدام وصفى علة ربا الفضل الجنسية والقدر وقد وجد ذلك قال (ويسلم الثوب القوهى فى الثوب الهروى والمروى وما أشبه ذلك من الثياب المختلفة باختلاف البلدان والصنعة يسلم بعضها فى بعض وكذلك الزطي فى الهروى والكسا في الطيلسان والطيلسان فى الكسا والثوب من الكتان فى الثوب من القطن إما لاختلاف الاصول أو لاختلاف الصنعة على وجه يوجب تبديل الاسم والمقصود والوذارى يراد به ما لا يراد به البلدى والزند يجى كذلك وان كان أصل الكل واحدا وهو القطن وهو كالسقلاطوى مع الخمار الاسود جنسان وان اتحد الاصل وهو الابريسم واليعفورى مع الكسا جنسان وان اتحد الاصل وعند اختلاف الجنس فيما لا يكال ولا يوزن يجوز اسلام البعض في البعض. قال (ولا بأس بالسلم فى الكتان والقطن والقز والابريسم لأنه موزون معلوم مقدور التسليم وان اشترط أن يوفيه السلم فى مدينة كذا وفى مصر كذا فحيث مادفعه اليه من ذلك المصر أو من تلك المدينة فله ذلك وليس لرب السلم أن يكلفه تسليمه اليه فى موضع آخر منه لان المستحق بالشرط أدنى ما يتناوله الاسم كما بينا فى شرط الجيد فحيث مادفعه اليه فى ذلك المصر فقد وفى بالشرط ولان نواحى المصر فى المصر كمكان واحد بدليل جواز عقد السلم فاذا لم يعين موضعا من المصر كان له أن يسلم في أى موضع شاء منه فان (قيل) أليس أنه اذا استأجر دابة الى مصر كذا فدخلها كان له ان يتبلغ عليها الى منزله فى المصر (قلنا) هذا مستحسن للعرف والعادة فان الانسان اذا استأجر دابة الى مصر من الامصار أنه لا يستأجر دابة أخرى بعد دخول ذلك المصر

ليتبلغ عليها الى منزله فالمستحسن من القياس بالعرف لا يرد نقضا علي القياس ولا يعدو الموضع الذى فيه العرف . قال (ولا خيار في السلم في المسابق والفرا لانها تختلف منها الصغيرة والكبيرة والمسبق ماله كمان طويلان كما يكون للاكرادو بعض العرب والفرو مالا كم له . قال (الا أن يشترط من ذلك شيئا معروف الطول والعرض والتقطيع والصفة فحينئذ يجوز لانه معلوم مقدور التسليم . قال (ولا خير في السلم في كل شيء اشترط فيه الاوقار والاحمال) لان ذلك يختلف فبعضها يكون أثقل من بعض وهذه الجهلة تفضى الى المنازعة بينهما . قال (وان اشترط على المسلم اليه ان يحمل السلم الى منزل صاحب السلم بعد ما يوفيه اياه فى المكان الذى شرطه فلا خير فيه على هذا الشرط)لان العقد ينتهى بالايفاء في المكان المشروط ثم قد شرط لنفسه منفعة بعد انتهاء العقد وهو الحمل وذلك مفسد للعقد كما لو شرط أن يطحنه وان اشترط أن يوفيه إياه فى منزله فلا بأس به استحسانا والقياس فيه مثل الاول من أصحابنا رحمهم الله تعالى من يقول موضع هذا القياس والاستحسان اذا اشترط ان يوفيه في منزله بعد ما يوفيه فى مكان كذا ليكون الفصل الثانى على وزان الفصل الاول وفى القياس لا يجوز لاشتراطه منفعة لنفسه بعد ماانتهى العقد نهايته اذ لا يتأتى ايفاؤه فى منزله بعد الايفاء في المكان المشروط الا بالحمل فلفظ الحمل والايفاء فيه علي السواء وفى الاستحسان . قال(ان اشترط بلفظة الايفاء فالثانى مثل الاول من جنسه فينفسخ به الشرط الاول ويصير كانه اشترط ابتداء هذا فأما الحمل ليس من جنس الايفاء فلا ينفسخ به الشرط الاول وهو نظير مالو باعه بألف ثم باعه بالفين انفسخ به العقد الاول ولو وهبه لم ينفسخ به العقد الاول و بيان المجانسة ان العقد يقتضي الايفاء لامحالة ولا يقتضي الحمل ألا ترى أن رب السلم قد يأتى الى المسلم اليه ليوفيه فى منزله فلا يحتاج الى الحمل فعرفنا أن الحمل ليس من جنس الايفاء من حيث أن العقد قد يخلو منه وقيل بان القياس والاستحسان فيما اذا اشترط ابتداء أن يوفيه فى منزله فى القياس لا يجوز لانه لم يعين منزله وانما المراد منزله عند حلول الاجل وذلك غير معلوم وقد يكون في هذا المصر وقد يكون فى مصر آخر ولكنه استحسن فقال العادة لم تجر باستبدال المنزل بالمنزل في كل وقت أو الانتقال من المصر الى المصر للتوطن ومنزله للحال معلوم فباعتبار الظاهر يكون هذا منزله عند حلول الاجل والتعين بالعرف كالتعيين بالنص وقيل بل موضع القياس والاستحسان مااذا شرط أن يوفيه فى منزله ولا يعلم المسلم اليه منزله فى المصر

في أى محلة هو ففى القياس لايجوز للجهالة وفي الاستحسان يجوز لان نواحي المصر كمكان واحد ولكن فى هذين الوجهين لا فرق بين ان يكون بلفظ الحمل أو بلفظ الايفاء وفى الكتاب قال نأخذ بالحمل فى القياس وفى هذا بالاستحسان فعرفنا أن مراده الوجه الاول . قال (ولا بأس بالسلم بالجبن والمصل) لانه موزون معلوم وبعض المتأخرين رحمهم الله يقولون هذا فى مصل ديار خوارزم فانه لا يخالطه الدقيق فاما فى مصل ديارنا ينبغى أن لا يجوز لانه يخالطه دقيق الشعير وقد تقل ذلك وقد يكثر وبجنسه تختلف المالية فكان قياس السلم فى الناطف الممون والاصح أنه ان كان معلوما عند أهل الصنعة علي وجه لا يتفاوت فالسلم صحيح . قال (واذا اختلفا فقال رب السلم أسلمت اليك فى ثوب يهودى وقال المسلم اليه بل هو فى زطى يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه) لاختلافهما فى جنس المعقود عليه وأيهما أقام البينة وجب قبول بينته وان أقاما البينة فالبينة بينة الطالب فى قول أبي يوسف وفى قول محمد يقضى بسلمين اذا كانا فى المجلس وقد بينا هذا واذا اتفقا علي انه يهودى غير أن الطالب قال هو ستة أذرع في ثلاثة أذرع وقال المطلوب خمسة أذرع فى ثلاثة أذرع في القياس يتحالفان ويترادان وبالقياس نأخذ وفى الاستحسان القول قول المطلوب لان المسلم فيه مبيع ولو كان مبيعا عينا واختلفا فى طوله وعرضه لا يتحالفان بل القول قول من ينكر الزيادة فكذلك فى السلم وهذا لان زيادة الطول والعرض لاتستحق الا بالشرط فكان بمنزلة الاجل وقد بينا أنهما اذا اختلفا فى الاجل لم يتحالفا فهذا مثله وفى القياس المسلم فيه دين والذرعان لا علامة فى المذروعات بمنزلة المقد في المقدورات ولو اختلفا في مقدار المسلم فيه تحالفا ثم أكثر ما في الباب ان الذرعان صفة ولكن المسلم فيه دين فيختلف باختلاف الصفة وقد بينا هذا فى الجيد والردى انهما اذا اختلفا فيه تحالفا فكذلك فى الذرعان ونأخذ بالقياس لترة جانب القياس والاسحسان قياسان فأيهما كان أثره أقوى يؤخذ به ولم يذكر هذا القياس والاستحسان عند الاختلاف فى صفة الجودة والرداءة لتحقق المغايرة بينهما والجيد غير الردى اذا كان دينا ولا يتحقق مثل تلك المغايرة هنا فالطويل من الثوب قد يصير قصيرا بقطع بعضه والقصير قد يزاد فيه فيصير طويلا فلهذا ذكر القياس والاستحسان هنا ولم يذكر ثمنه . قال (واذا اختلفا فى السلم أوفي رأس المال رلم يقبضه ولم يتفرقا) فالحاصل ان هذه ثلاثة فصول (أحدها) أن يكون الاختلاف فى رأس المال وهو على وجهين أما أن يكون عينا

أو دينا فان كان عينا فقال الطالب أسلمت اليك هذا الثوب في كر حنطة وقال المطلوب بل هذا الثوب الآخر وأقاما البينة فانه يقضي بالسلمين بالاتفاق لان كل واحد منهما ببينته يثبت حقه فالطالب يثبت ازالة الثوب بالذى عينه عن ملكه بكر حنطة والمطلوب يثبت ملكه في الثوب الآخر فلا بد من القضاء بالعقدين وان قال الطالب أسلمت اليك هذا الثوب وقال المطلوب مع هذا الثوب الآخر وأقاما البينة فالبينة بينة المطلوب بالاتفاق لان القضاء بالعقدين غير ممكن فالثوب الواحد لا يكون جميع رأس المال فى عقد وبعض رأس المال فى عقد آخر والمطلوب يثبت الزيادة فى حقه ببينته فلهذا قضينا ببينته باسلام الثوبين فى كر حنطة وان كان رأس المال ديناً فان اختلفا فى جنسه فقال رب السلم عشرة دراهم فى كر حنطة وقال المسلم اليه دينار في كر حنطة وأقاما البينة فلا اشكال على قول محمد أنه يقضى بالعقدين وقيل هكذا ينبغي فى القياس على قول أبي يوسف اعتباراً للدين بالعين والدنانير غير الدراهم ولكنه استحسن فقال يقضى بعقد واحد وتكون البينة بينة المطلوب لان الطالب لما لم يثبت لنفسه شيئاً اذ لا مؤنة عليه فيما في ذمته وحقه فى الكر ثابت باتفاقهما والمطلوب يثبت حقه ببينته فكانت بينته أولى وان اختلفا فى قدر رأس المال فقال الطالب عشرة دراهم وقال المطلوب عشرون وأقاما البينة فهو على هذا الخلاف وكذلك لو كان الاختلاف في المسلم فيه في الجنس والقدر وقد بينا الاختلاف وان كان الاختلاف فيهما جميعا بأن قال رب السلم عشرة دراهم فى كرى حنطة وقال المسلم عشرون درهما في كر حنطة فعند أبي يوسف تقبل بينة كل واحد منهما على مايدعى من الزيادة فى حقه ويقضى بعقد واحد وهو اسلام عشرين درهما فى كرى حنطة وعند محمد يقضى بعقدين كما شهد به كل فريق فالحاصل أن عند محمد يقضي بعقدين ما أمكن الا اذا تعذر فحينئذ يشتغل بالترجيح للضرورة وعند أبي يوسف يقضى بعقد واحد الا اذا تعذر فحينئذ يقضى بعقدين للضرورة وقول أبي حنيفة كقول أبي يوسف رحمهما الله. قال (ولو أسلم عبداً أو ثوبا فى حنطة أو شعير ولم يسم رأس مال كل واحد منهما فهو جائز) لما بينا أن الثوب والعبد ليس بمقدر فلا يضر ترك تسمية رأس مال كل واحد منهما ولكن ينقسم عليهما باعتبار القيمة كما لو اشترى كر حنطة وكر شعير عينا بثوب واحد أو عبد بعينه فانه ينقسم باعتبار القيمة للتعارض بينهما وليس أحدهما فى تخصيصه بشيء بأولى من الآخر. قال (واذا باع جارية بألف مثقال ذهب وفضة أو دراهم ودنانير كان

له من كل واحد منهما النصف لان الواو للعطف ومطلق العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المعطوف والمعطوف عليه الا أنه اذا كان قال الف مثقال فعليه خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة لانه فسر المثاقيل بالذهب والفضة وان قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم فينصرف اليه وكل مايصلح أن يكون عوضاً في البيع يصلح ذلك في الاجارة أيضاً لان المنافع في حكم الاموال أو بالعقد يثبت لها حكم المالية حتى لايثبت الحيوان دينا فيه في الذمة لاحالا ولا مؤجلا كما في البيع ويثبت المكيل والموزون حالا ومؤجلا والثياب المرصوفة فيه تثبت مؤجلة لاحالة لان استقراض الثياب لايجوز والسلم فيها صحيح والقرض لايكون الا حالا والسلم لايكون الا مؤجلا فعرفنا أنها تثبت في الذمة مؤجلة لاحالة لان استقراض الثياب لايجوز عوضا عما هو مال واما الحيوان لايجوز استقراضه ولا السلم فيه فعرفنا أنه لايثبت في الذمة مؤجلا ولاحالا بدلا عما هو مال. قال (واذا أسلم اليه عشرة دراهم في عشرين مختوم شعير أوعشرة مخاتيم حنطة بالشك أنه يعطيه أيهما شاء فلاخير فيه) لان المسلم فيه مبيع وهو مجهول حين ادخل حرف أوبين الحنطة والشعير ومثل هذه الجهالة في بيع العين يمتنع جواز العقد ففي السلم أولى وكذلك لو قال ان اعطيتني الى شهر فكذا أو ان أعطيتني الي شهرين فكذا فهو فاسد لجهالة المعقود عليه عند لزوم العقد إما جنسا وإما قدراً لان النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن صفقتين في صفقة وعن شرطين في بيع وتفسير ذلك هذا ونحوه. قال (ولا يستطيع رب السلم أن يبيع ماأسلم فيه قبل القبض) لان المسلم فيه مبيع وبيع المبيع قبل القبض لايجوز لحديث عمر وابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض ولمابعث رسول الله صلى الله عليه وسلم غياث بن أسد رضي الله عنه قاضيا وأميراً قال انههم عن أربعة عن بيع مالم يقبضوا وعن ربح مالم يضمنوا وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف ولان العين أقبل للتصرف من الدين ثم المبيع العين اذا كان منقولا لايجوز التصرف فيه قبل القبض لبقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف فاذا كان دينا أولى وذلك الغرر هنا قائم فان الدين يتوي بفوات محله يعنى اذا مات المديون مفلسا ولهذا تبطل الحوالة فكما لايبيع المسلم فيه قبل القبض لايشرك فيه شريكا ولا يوليه أحداً لان التولية تمليك مايملك بمثل ماملك به والاشراك تمليك مثل ما ملكه بمثل

نصف ماملك به فكما لايجوز هذا التصرف منه فى الكل لايجوز منه فى البعض . قال (رجل قال لرجل اسلمت الى عشرة دراهم فى كرحنطة ثم قال بعد ماسكت ولكنى لم أقبض الدراهم منك وقال رب السلم بل قبضتها فالقول قول رب السلم استحسانا وفى القياس القول قول المسلم اليه) وكذلك لو كان رأس المال ثوبا وجه القياس ان السلم اسم للعقد واقراره لايكون إقراراً بالقبض كالبيع فانه اذا قال ابتعت منك كذا ثم قال لم أقبض كان القول قوله فى ذلك لانه منكر للقبض والآخر يدعى عليه التسليم فجعل القول قول المنكر فكذا في السلم ألا ترى أنه لو قال ذلك موصولا بكلامه كان القول قوله ولو صار بالاقرار بالسلم مقراً بالقبض لكان هذا رجوعا والرجوع لايعمل موصولا كان أومفصولا ولكنه استحسن فقال السلم أخذ عاجل بآجل فمطلقه يقتضى الاقرار بالعقد والقبض جميعا فكان قوله لم أقبضه بيانا فيه تغيير لمقتضى مطلق كلامه والبيان المغير للفظه صحيح موصولا بكلامه لامفصولا وهذا تخصيص للفظه العام والتخصيص ممن لايملك الابطال صحيح موصولا لامفصولا بمنزلة الاستثناء قال في الاصل وهذا مثل قوله قد أعطيتنى عشرة دراهم فى كر حنطة أو أسلفتنى أو أقرضتنى عشرة دراهم برؤسها ثم قال لم أقبض والقياس والاستحسان في الكل ولكن من عادته الاستشهاد بالاوضح وكذلك لو قال علي ألف درهم من ثمن جارية بعتنيها ثم قال لم أقبضها وقال الآخر قد قبضت فهو غير مصدق فى قوله لم أقبضها وصل أم قطع فى قول أبى حنيفة وكان أبو يوسف يقول أولا ان وصل يصدق وان فصل لم يصدق ثم رجع وقال اذا فصل يسأل المقر له عن جهة المال فان أقر بجهة البيع وقال قد قبضتها فالقول قول المقرانى لم أقبضها وان قال المال عليه من جهة أخرى فالقول قوله والمال لازم على المقر وهو قول محمد وهذا فى الحقيقة ليس برجوع بل تفسير لما أبهمه في الابتداء وجه قولهما انهما تصادقا على البيع فالبائع يدعي تسليم المعقود عليه والمشترى منكر فالقول قول المنكر كما لو قال ابتعت منك جارية بألف درهم ثم قال لم أقبضها أوقال لك علي ألف درهم ثمن هذه الجارية التى بعتها منى ولم أقبضها فالقول قوله في ذلك فان لم يصدقه المقر له فى الجهة فقد أقر بوجوب المال له عليه ثم ادعى ما يسقطه فلا يصدق اذا كان مفصولا لما بينا ان قوله لم أقبضها بيان مغير لموجب اقراره فيصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء اذا قال لفلان على ألف درهم الا مائة أوقال الا وزن خمسة وأبوحنيفة يقول أقر بالقبض ثم رجع والرجوع باطل موصولا كان أو

مفصولا ومعنى هذا انه أقر بكون المال دينا فى ذمته بقوله له علي ألف درهم ثمن جارية غير معينة وثمن الجارية التى هى غير معينة لا يكون واجبا الا بالقبض لان التى هى غير معينة فى حكم المستهلكة وثمن الجارية المستهلكة لا يكون واجبا الا بعد القبض فعرفنا أنه أقر بالقبض ثم رجع بخلاف قوله ابتعت فهنالك ما أقر بان المال واجب فى ذمته انما أقر بالابتياع وذلك لا يكون اقراراً بالقبض وبخلاف قوله ثمن هذه الجارية لانه انما أقر بوجوب المال عليه بمقابلة جارية معينة وثمن الجارية المعينة يكون واجبا قبل القبض يوضحه انه أقر بالمال وادعي لنفسه أجلا غير متناه فان المشترى لا يلزمه تسليم الثمن الا بعد احضار البائع المبيع وما من جارية يحضرها البائع الا وللمشترى أن يقول المبيعة غيرها ولو ادعى لنفسه أجلا معلوما كشهر أو سنة لم يقبل قوله فى ذلك وصل أو فصل فهنا أولي بخلاف الجارية المعينة فان هناك ما ادعى لنفسه أجلا لانها حاضرة وانما أقر علي نفسه بالمال بشرط أن يسلم له تلك الجارية ألا ترى أن المقر له لو قال الجارية جاريتك ما بعتها ولى عليك ألف درهم يلزمه المال ولو قال الجارية جاريتى ولي عليك المال لم يلزمه شيء لانه لم يسلم له شرطه . قال (واذا أسلم الرجل الى رجل في كر حنطة فأعطاه كرا بغير كيل فليس له ان يبيعه ولا يأ كله حتى يكتاله لان المسلم فيه مبيع وانما اشتراه رب السلم بذكر الكر فلا يتصرف فيه حتى يكتاله والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى يعنى اذا اشتراه بشرط الكيل فليس له ان يكتفى بكيل البائع ولا يتصرف فيه بعد القبض حتى يكيله وهذا لانه انما يملك المعقود عليه والمعقود عليه القدر المسمى ولا يعلم ذلك الا بالكيل ألا ترى أنه لو كاله فوجده أزيد يلزمه رد الزيادة وتصرفه من حيث الا كل والبيع بحكم الملك فما لم يتعين ملكه بمعرفة المقدار لم يكن له ان يتصرف فيه وان هلك عنده وهو مقر بأنه كر واف فهو مستوف لانه قبضه على وجه التملك بعقد السلم فيصير مضمونا عليه بالقبض وقد هلك عنده فيلزمه مثله وقد أقر أنه كان كراً فيصير مستوفيا بطريق المقاصة لان مافى المقاصة آخر الدينين قضاء عن أولهما وآخره دين المسلم اليه فيصير رب السلم مقتضيا طعام السلم به ولان القبض تلاقى العين واستيفاء الدين لا يكون الا من العين فاذا أقر أنه كان كراً فقد علمنا انه بقبضه صار مستوفيا لحقه وهذا الحكم فى كل مكيل وموزون فأما فى المذروعات له أن يتصرف قبل الذرع لان الذرع

صفة حتى لو وجدوه أزيد يسلم له الزيادة ولو وجده أنقص لا يحط شيئاً من الثمن فعرفنا ان الملك بالعقد انما يثبت له في العين وقدتم قبضه في العين وفي العدديات المتقاربة أظهر الروايتين عن أبي حنيفة أنه لا يتصرف قبل العد في العدديات مقدار كالكيل والوزن حتى لو وجده زائدا لا يسلم له الزيادة ولو وجده أنقص يحط حصة النقصان من الثمن وقد روى عنه انه جوز التصرف فيه قبل العد وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان بصفة العدد لا يصير مال الربا فهو بمنزلة الذرع في المذروعات والزيادة والنقصان لا يتحققان فيه الا بغلط في العدد بخلاف الكيل والوزن والزيادة والنقصان هناك يظهران باجتهاد من الكيال والوزان من غير ان يتيقن بالخطأ فيه وهنا الزيادة والنقصان لا يظهران الا بغلط في العد فكان العقد متنا ولا للعين فيجوز التصرف فيه قبل العد كما في المذروعات وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن المقصود عليه في العدديات العدد لانه مقدار كالكيل والوزن ألا ترى أنه لو وجده أزيد لا يسلم له الزيادة ولو وجده أنقص يحط بحصة النقصان من الثمن فصار المعقود عليه القدر والقدر لا يصير معلوما الا بالعد الا أنه لا يجرى فيه الربا لانه صار عدديا باصطلاح الناس لا بجعل الشرع أمثالا متساوية فاذا باع جوزة بجوزتين فقد أعرضا عن ذلك الاصطلاح وما ثبت باصطلاح الناس يبطل باصطلاحهم أيضاً بخلاف المكيل والموزون . قال (وان اشترى المسلم اليه من رجل كرا ثم قال لرب السلم اقبضه قبل أن يكتاله من المشترى فليس ينبغي لرب السلم أن يقبضه حتى يكتا له المشترى) لان في هذا القبض وكيل المسلم اليه فكما أن المسلم اليه لو قبض بنفسه كان عليه أن يكيله فكذلك اذا قبضه وكيله كان عليه أن يكتاله للمسلم اليه بحكم الشراء ثم يكيله ثانيا للقبض بنفسه بحكم السلم وليس له أن يأخذ بكيله ذلك لانه في ذلك نائب عن المسلم اليه فكأن المسلم اليه فعله بنفسه ثم سلمه اليه فعليه ان يكتاله لنفسه بحكم السلم وهو المراد من قوله صلي الله عليه وسلم حتى يجرى فيه الصاعان أى اذا اتلقاه البائع من غيره بشرط الكيل ولقاه غيره بشرط الكيل واختلف مشايخنا رحمهم الله في فصل وهو ما اذا اشترى طعاما مكايلة فكاله البائع بمحضر من المشترى ثم سلمه اليه فمنهم من يقول ليس للمشترى ان يكتفى بذلك الكيل ولكنه يكيله مرة أخرى استدلالا بهذه المسئلة وكيل البائع بحضرته لا يكون أقوى من كيله بنفسه والاصح له أن يكتفى بذلك الكيل لان استحقاق الكيل بحكم عقده فقعل

البائع بحضرته كفعله بنفسه وفى مسئلة السلم استحقاق الاول بالكيل كان بالشراء فلا ينوب ذلك عن الكيل المستحق بالسلم فلهذا يلزمه الكيل مرة أخرى فان دفع المسلم اليه الي رب السلم دراهم فقال اشترى لى بها طعاما فاقبضه لي بكيل ثم كله لنفسك بكيل مستقبل كان جائزاً لانه وكيل المسلم اليه فى الشراء له وفعل الوكيل كفعل الموكل فكأنه اشتراه بنفسه ثم أمر رب السلم بقبضه وهى المسئلة الاولى ولو قال رب السلم للمسلم اليه كل مالى عليك من الطعام فأعزله فى بيتك أوفي غرائرك ففعل ذلك لم يكن رب السلم قابضا بمنزلة قوله اقبضه لى بيسارك من يمينك وهذا لان المسلم فيه دين على المسلم اليه والمديون لايصلح أن يكون نائبا عن صاحب الدين فى قبض الدين من نفسه ولو وكل رب السلم بقبض ذلك غلام المسلم اليه أو ابنه فهو جائز لانه يصلح نائبا عن رب السلم فى قبض حقه وهو في ذلك كأجنبي آخر والانسان يصير قابضا حقه بيد نائبه كما يصير قابضا بيد نفسه. قال (ولودفع اليه غرائره فقال كل مالى عليك اجعله فى غرائرى ففعل ذلك ورب السلم ليس بحاضر لم يكن ذلك قبضا) وفرق بين هذا وبين ماإذا اشترى منه طعاما بعينه على انه كر ثم دفع اليه غرائره وأمره أن يكيله فيها ففعل فانه يصير قابضا والفرق بينهما ان القبض فى باب السلم موجب بملك العين وغرائره لاتصلح نائبة عنه في تملك العين وفى باب الشراء قد ملك العين بالعقد وانما القبض للاحراز والغرائر تصلح نائبة عنه فى الاحراز والثانى أن أمره بالكيل فى غرائره غير معتبر بنفسه فى السلم لان المسلم اليه انما يكيل ملك نفسه وله فى ملك نفسه ولاية الكيل من غير اذنه فأما فى الشراء اذنه معتبر فى الكيل لانه انما يكيل ملك المشترى وله فى ملك نفسه اذن معتبر فكان كيله فى غرائره ككيل المشترى بنفسه ألا ترى انه لو أمر المسلم اليه بان يطحن ماعليه من طعام السلم ففعل ذلك كان الدقيق له ولا يكون لرب السلم ان يقبضه لانه يصير به مستبدلا وفى الشراء لوأمره ان يطحنه ففعل جاز وكان الدقيق للمشترى وكذلك فى الشراء لو أمره أن يلقيه في البحر ففعل جاز وكان الثمن مقرراً عليه ولو أمره بذلك فى السلم لم يجز ثم. قال (فى الشراء وله ان يبيعه اذا كان له البائع فى غرائر المشترى بأمره قبل هذا غلط) لان الغرائر نائبة عنه في الاحراز لا فى معرفة القدر فكأنه قبضه بنفسه فلا يتصرف فيه حتى يكيله ولكن ما ذكره في الكتاب أصح لما بينا أن أمره إياه بالكيل معتبر لمصادفته ملكه فكان البائع فى الكيل كالنائب عنه والغرائر فى القبض

والاحراز تنوب عنه وفعل نائبه كفعله بنفسه وفي السلم ان كان فى الغرائر طعام لرب السلم فكاله فيه بأمره فقد قيل لا يصير قابضا لما ذكرنا ان أمره غير معتبر فى ملك الغير قال رضى الله عنه والاصح عندي أنه يصير قابضا هنا لانه أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يمكن التميز معتبر فيصير بهذا الخلط قابضا وهو مثل ما ذكر فى كتاب الصرف لو دفع الي صائغ نصف درهم فضة وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لى منهما خاتما ففعل ذلك جاز وصار بالخلط قابضا له . قال (واذا اسلم الرجل فى كر حنطة ثم اسلم المسلم اليه الى رب السلم في كر حنطة وأجلهما واحد وصفتهما واحدة او مختلفة لم يكن احدهما قصاصا بالآخر اذا حلا وان تقاصا) لان المسلم فيه مبيع فيستحق قبضه بحكم العقد ولا يجوز ان يقضي به دين آخر لان المستحق بعقد السلم قبض بكيل بعد عقد السلم ولا يحصل ذلك بقضاء دين آخر به فاذا تقاصا فلا بد من ان يكون أحدهما قابضا المسلم فيه ويكون دينا عليه وذلك غير جائز . قال (فان كان أولهما مسلما والآخر قضاء لا يصير احدهما قصاصا فى الحال من قبل ان القصاص عبارة عن المساواة ولا مساواة بينهما لان أحدهما معجل والآخر مؤجل والمعجل خير من المؤجل الا اذا حل الاجل فى السلم فحينئذ يكون احدهما قصاصا بالآخر ولا بأس بأن يكون قصاصا اذا كان سواء تقاصا أولم يتقاصا لوجود القبض بكيل بعد عقد السلم وهو قبض المستقرض ألا ترى ان رب السلم لو غصب من المسلم اليه كرا بعد ماحل طعام السلم كان مستوفيا حقه بطريق المقاصة فكذلك اذا استقرض وهذا لان فى باب المقاصة آخر الدينين قضاء من أولهما ولا يكون أول الدينين قضاء عن آخرهما لان القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه ولهذا فى الدين المشترك لو وجب للمدين على أحد الشريكين دين بقدر حصة وصار قصاصا كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصفه لانه صار مستوفيا حصته ولو كان دين المديون عليه سابقا على دينهما فصار قصاصا لم يكن لشريكه أن يرجع عليه بشئ لانه صار بنصيبه قاضيا دينا عليه لامقتضيا اذا ثبت هذا فنقول اذا كان آخر الدينين قرضا فالمسلم اليه بما أوجب له من القرض يصير قاضيا طعام السلم ورب السلم يكون مستوفيا واذا كان القرض أولا لم يكن قصاصا وان تقاصا به لان رب السلم يصير قاضيا بطعام السلم ما عليه من القرض ودين السلم يجب قبضه ولا يجوز قضاء دين آخر به فان كان للمسلم اليه كر حنطة دينا على رجل أو استقرض من

رجل كراً فقال لصاحب السلم كله فا كتاله رب السلم كيلا واحداً جاز ويصير قابضاً لان القرض لايشترط فيه الكيل ألا ترى أن المقرض لواسترد ما أقرض ولم يكله كان له أن يتصرف فيه والمستقرض لو قبض ولم يكل كان له أن تتصرف فيه ورب السلم في القبض من المقرض أو المستقرض نائب عن المسلم اليه فكما قبضه تم فيه ملك المسلم اليه قبل ان يكيله ثم انما يكيله بعد ذلك لنفسه بحكم السلم فلهذا يكفيه كيل واحد بخلاف ماسبق من الشراء فان المسلم اليه لما اشتراه بشرط الكيل لا يتعين ملكه الا بالكيل فكان الكيل الاول من رب السلم كتعيين ملك المسلم اليه فلا بد من ان يكيله لنفسه بعد ذلك كيلا مستقبلا . قال (وان تاركا السلم ورأس المال ثوب فهلك عند المسلم اليه فعليه قيمته) وكذلك لو تاركا بعد هلاكه وهذه أربعة فصول (أحدها) ان يشترى عينا بدراهم فتقابضا ثم تقايلا ثم هلك المبيع قبل الرد بطلت الاقالة سواء كان الثمن قائما أو هالكا لان الاقالة رفع العقد وانما يرفع الشئ من المحل الوارد عليه ومحل العقد المعقود عليه والمعقود عليه المبيع دون الثمن فان الثمن معقود به ولهذا شرط قيام الملك في المبيع عند العقد دون الثمن فان كان المبيع هالكا عند الاقالة فالاقالة باطلة لفوات محلها وكذلك اذا هلك بعد الاقالة قبل الرد لان العارض من هلاك المحل بعد الاقالة قبل الرد كالمقترن بالاقالة ألا ترى ان هلاك المعقود عليه بعد العقد قبل القبض يبطل العقد ويجعل كالمقترن بالعقد (والثاني) لو تبايعا عبداً بجارية وتقابضا ثم تقايلا ثم هلك أحدهما بقيت الاقالة لان ابتداء الاقالة بعد هلاك أحد العوضين صحيح فان كل واحد منهما معقود عليه بدليل انه يشترط قيام الملك في العوضين جميعا للمتعاقدين بخلاف الثمن ألا ترى ان بعد هلاك أحدهما يمكن فسخ العقد برد الآخر بالعيب فكذلك بالاقالة واذا جاز ابتداء الاقالة بعد هلاك أحدهما فكذلك تبقى الاقالة في القائم وعليه رد قيمة الهالك لانه تعذر رد العين مع بقاء السبب الموجب للرد فترد القيمة اذ القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين ولو هلكا جميعا بعد الاقالة قبل التراد بطلت الاقالة لان ابتداء الاقالة بعد هلاكهما باطل اذا لم يبق شئ من المحل الذي تناوله العقد فكذلك لاتبقى الاقالة بعد هلاكهما (والثالث) السلم اذا تقايلا ورأس المال عين فهلكت بعد الاقالة لم تبطل الاقالة لان ابتداء الاقالة بعد هلاك رأس المال صحيح فان السلم بمنزلة بيع المقابضة لان المسلم فيه مبيع معقود عليه فجازت الاقالة بعد هلاك ما يقابله واذا بقيت الاقالة فعليه رد قيمة

رأس المال لتعذر رد العين مع بقاء السبب الموجب له والقول قول المطلوب في مقدار القيمة اذا اختلفا لان الطالب يدعى عليه زيادة وهو منكر لتلك الزيادة (والرابع) الصرف فانهما لو تصارفا دينارا بعشرة دراهم وتقابضا وهلك البد لان جميعا ثم تقايلا ثم هلك البد لان قبل التراد جازت الا قالة لان المعقود عليه ما استوجب كل واحد منهما فى ذمة صاحبه ألا ترى ان بعد الاقالة لايلزمه رد المقبوض بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض مانعا من الاقالة هذا هو الصحيح فى تخريج هذه المسائل وقع في الاصل تشويش وتقديم وتأخير وألفاظ مختلفة وذلك كله غلط من الكاتب وقد تكلف لتصحيحه بعض مشايخنا رحمهم الله فانه قال بعد مسئلة القرض ألا ترى انه لو اشتريا جارية بعبد وتقابضا فمات احدهما في يديه ثم تناقضا انه جائز ومعنى هذا الاستشهاد ان القرض وان كان في معنى البيع من حيث انه تمليك الطعام بمثله فليس ببيع حقيقة فلا يشترط فيه من الكيل مايشترط فى المبيع كما ان الا قالة فى حكم البيع ولكن ليس ببيع علي الحقيقة فيجوز بعد هلاك أحد العوضين وان كان لايجوز ابتداء البيع فانه لو اشترى عبدا بقيمة جارية هالكة لايجوز واليه أشار بقوله وليس هذا بمنزلة شراء الحى قبل أن يموت يعنى شراء الحى بقيمة الميت او شراء الحى بالحى اذا مات أحدهما قبل القبض ولكن هذا تكلف ولا يليق هذا اللفظ بفصاحة محمد رحمه الله فان شراء الحى يعلم انه يكون قبل ان يموت فعرفنا انه غلط من الكاتب ثم قال وكذلك السلم لان السلم بيع يعنى أن الاقالة بعد هلاك رأس المال يجوز كما يجوز فى بيع المقايضة الاقالة بعد هلاك أحدهما ثم قال ولا يشبه هذا الاثمان الدنانير بالدراهم يعنى ان في عقد الصرف تجوز الاقالة بعد هلاكهما بخلاف بيع المقايضة وفى بعض النسخ قال الدنانير والدراهم يعنى اذا اشتريا عينا بنقد ثم تقايلا فهلك المعقود عليه بطلت الاقالة فان كان الثمن قائما وقد قررنا هذا الفرق. قال (واذا أسلم الرجل الى رجل دراهم في كر حنطة فوجد فيها دراهم ستوقة فجاء يردها فقال المسلم اليه هذا من نصف رأس المال وقد بطل نصف السلم وقال رب السلم بل هو ثلث رأس المال فالقول قول المسلم اليه) لان السوقة ليست من جنس الدراهم فقد علمنا ان السلم لم يتم فى جميع الكر وحاصل الاختلاف بينهما فى قبض المسلم اليه مقدار حقه من رأس المال فرب السلم يدعى عليه أنه قبض ثلثى حقه والمسلم اليه ينكر القبض فيمازاد علي النصف فكان القول قول المنكر مع يمينه وعلي المدعى أن يثبت مايدعيه

بالبينة واذا أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة فأقام رب السلم البينة أنهما تفرقا قبل قبض المسلم اليه رأس المال وأقام المسلم اليه البينة أنه قبض رأس المال قبل أن يفترقا فالسلم جائز ويؤخذ بينة المسلم اليه لانها تثبت القبض فى المجلس وبينة رب السلم تنفى ذلك والبينات تترجح بالاثبات ولم يذكر في الكتاب أنه لولم يكن لهما بينة فالقول قول من يكون وأورد هذا في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله وقال على قول زفر القول قول من يدعى القبض منهما لان العقد لايتم الابقبض رأس المال فكان اتفاقهما على العقد اتفاقا منهما على قبض رأس المال والذى ينكر القبض في حكم الراجع عن الأقرار وقد قررنا هذا المعنى فى الاجل فكذلك فى قبض رأس المال وعند أبى يوسف رحمه الله القول قول الذى فى يده رأس المال لان الآخر يدعى تملك مافي يده عليه وهو منكر والقول قول المنكر فان كان رأس المال في يد رب السلم فظاهر لان المسلم اليه يدعى أنه يملك مافى يده بالقبض وانه غصبه منه بعد ذلك وان كان فى يد المسلم اليه فرب السلم يدعى أنه غصبه منه والمسلم اليه منكر لذلك فكان القول قول المنكر لذلك فلو كانت الدراهم فى يد رب السلم باعيانها فقال المسلم اليه أودعتها اياه أو غصبها بعد قبضى لها وقدقامت البينة بالقبض فكان القول قوله ويقضي له بالدراهم لانه لما أثبت قبضه بالبينة فقد تم ملكه فيها ثم ظهرت في يد غيره بعد ذلك فيؤمر بردها عليه سواء زعم أن وصولها الى يده بالوديعة أو بالغصب ولو أسلم فلوسا فى طعام يجوز لان هذا عددى متقارب يصلح أو يكون ثمنا فى باب البيع فيصلح أن يكون رأس المال فى باب السلم ولايجوز في الصفر رجل باع عبدا أوثوبا بشىء مما يكال أويوزن ثم تفرقا قبل أن يقبض المشترى ما اشترى فالبيع جائز لانهما تفرقا عن عين بدين وذلك جائز فى البيع كما لواشترى شيئا بثمن موجل وقبض المشترى وتفرقا أوتفرقا قبل قبض المشترى وقد بينا أن القياس فى السلم هكذا ولكنا تركنا القياس هناك لمقتضي اسم السلم واليه أشار فى الفرق فقال لو باعه ثوبا بحنطة وسمى الكيل ولم يجعل له أجلا كان جائزاً ولوأسلم هذا الثوب في كر حنطة موصوفة ولم يجعل له أجلا كان فاسداً ومعني هذا الاستشهاد ان التأجيل فى السلم فى المسلم فيه جعل شرطاً لتحقق معنى الاسم فكذلك التعجيل فى رأس المال مقتضي الاسم بخلاف البيع وقد بينا أن جواز أخذ الرهن بالمسلم فيه وان بهلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا حقه من مالية الراهن اذا كان فيه وفاء بحقه فسقط حق رب السلم عن المطالبة

بعد هلاك الرهن في يده وقد بينا أيضاً جواز التوكيل بدفع رأس المال وان القبض من الوكيل في مجلس العقد بمنزلة القبض من الموكل ويستوى ان كان الوكيل شريكا لرب السلم أو أجنبيا لان أداءه قام مقام اداء الموكل بحكم الوكالة اذا قبض المسلم اليه حتى لو تبرع أجنبي باداء رأس المال وقبضه المسلم اليه قبل أن يفارق رب السلم كان جائزاً وان كان بالمسلم كفيل فاستوفي الكفيل السلم من المسلم اليه على وجه الاقتضاء ثم باعه وربح فيه فذلك حلال له اذا قضي رب السلم طعاما مثله لان عقد الكفالة كما يوجب لرب السلم علي الكفيل يوجب للكفيل على المسلم اليه الا أن مال الكفيل على المسلم اليه مؤجل الى وقت ادائه الطعام الي رب السلم فاذا استوفي قبل الاجل فقد استعجل دينا له مؤجلا والمقبوض بهذا السبب يملك ملكا صحيحا فانما تصرف وربح في ملك حلال له فلهذا طاب له الربح ولا خلاف فى هذا اذا تقرر ملكه باداء طعام السلم وانما الخلاف فيما اذا كان المسلم اليه هو الذى قضى رب السلم طعام السلم فانه يرجع على الكفيل بطعام مثل مادفع اليه لانه انما أعطاه فى ذلك ليسقط دين رب السلم عنه بادائه ولم يفعل ذلك فكان له أن يرجع عليه بما أدى ثم قال فى هذا الكتاب فما ربح يطيب للكفيل وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كما حكاه عنهما فى الجامع الصغير وذكر عن أبي حنيفة انه قال أحب الى ان يرده على الذى قضاه ولا أجبره عليه فى القضاء وفي كتاب الكفالة قال له أن يتصدق بالفضل ووجه تلك الرواية ان المسلم اليه انما رضي بقبضه ويملكه بشرط أن يؤدى عنه طعام السلم فاذا لم يفعل لم يتم رضاه وصار هذا كالمقبوض بغير اذنه فانما حصل له الربح فيه بسبب خبيث شرعا والسبيل فى الكسب الخبيث التصدق ووجه رواية الجامع الصغير ان معنى الخبث ليس في معنى السبب بل لخلل في رضي المسلم اليه فاذا رده عليه مع الربح انعدم الخبث فكان هذا أولى الوجهين ولكن لا يجوز عليه فى القضاء لان المتصرف انما ربح على ملك نصيبه ووجه رواية هذا الكتاب ان المقبوض كان مملوكا له ملكا صحيحا وكان التصرف فيه مطلقا له شرعا فالربح الحاصل به يكون حلالا ألا ترى انه لو أدى طعام السلم كان الربح طيبا له فاذا لم يؤد فانما يثبت حق الرجوع للمسلم اليه على الكفيل يكن فى ذمته وبان لحقه دين لا يتمكن فيه خبث فيما حصل له من الكسب كما اذا وجب عليه دين آخر بسبب آخر هذا اذا قبضه الكفيل على وجه الاقتضاء فاما اذا قبضه على وجه الرسالة بأن يسلم اليه المسلم اليه طعام السلم ليكون رسوله فى تبليغه الى رب السلم فتصرف فيه وربح فالربح لا يطيب له فى قول أبي حنيفة

ومحمد رحمهما الله ويطيب له فى قول أبي يوسف لانه أمين فيما قبضه علي وجه الرسالة كالمودع وقد بينا الخلاف في المودع اذا تصرف فى الوديعة وربح فى كتاب الوديعة وان قضي الكفيل السلم من مال قبل ان يقبضه من المكفول عنه ثم صالح المكفول عنه علي دراهم أو غير ذلك مما يكال أويوزن أو على عروض أوحيوان فهو جائز ولا يكون استبدالا لأن الكفيل هنا مقرض معناه أن مايرجع به الكفيل علي المسلم اليه لايكون مسلما فيه لان المسلم فيه ما يجب بعقد السلم ووجوب هذا بعقد الكفالة ثم الكفالة توجب طعام السلم على الكفيل لا للكفيل فعرفنا أنه دين آخر بمنزلة سائر الديون فلم يكن استبدالا ولانه يصير كالمقرض لما أدى من المسلم اليه وان لم يكن قرضاً على الحقيقه حتى لو أجل المكفول عنه فيه لزمه الاجل والاجل فى بدل القرض لا يلزم فعرفنا أن مراده أنه دين آخر سوى السلم فيجوز الاستبدال به قبل القبض وان أكفل رجل لرب السلم برأس ماله قبل أن يترادا فالكفالة باطلة لان الكفالة بما هو واجب في ذمة الاصيل وقبل الاقالة الواجب فى ذمة الاصيل لرب السلم المسلم فيه لارأس المال وانما كفل بما ليس بواجب له ولم يضف الكفالة الى سبب الوجوب فكان باطلا بخلاف مالوقال اذا تقايلتما العقد فأنا كفيل برأس المال لك ولان رأس المال قبل الاقالة حق المسلم اليه فانما كفل عنه بما هو حقه وذلك ليس من موضوع الكفالة في شيء. قال(واذا أسلم الرجل فى بعض الأدهان المربى بالبنفسج والزئبق والحنا وغيره يجوز لانه موزون مضبوط بالوصف مقدور التسليم من أصحابنا رحمهم الله من قال هذا يجوز في الدهن الصافى أما المربى بالبنفسج وغيره فلا لان المربى يختلف باختلاف مايرى به من الادوية والرياحين والصحيح أنه يجوز لانه يمكن اعلامه باعلام قدر مايؤدى به. قال (وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون يريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن الا أنه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات فى كل وقت لانه لا يتمسك الا فى وعاء وفي وزن كل وعاء نوع حرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيراً فعرفنا أن ماتقع عليه كيل الرطل فهو موزون فيجوز السلم فيه بذكر الوزن واذا أسلم النصرانى الى النصرانى فى خمر بكيل معلوم فهو جائز وهذا عندنا بناء علي الاصل الذى بينا فى كتاب الغصب أن الخمر مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والعصير فى حقنا فيجوز السلم فيما بينهم بذكر الكيل والوزن وان أسلم أحدهما قبل قبض خمر السلم بطل السلم ورد المسلم اليه رأس المال لان الاسلام

وجد الخمر مملوكة بالعقد غير مقبوضة فيجعل وجود اسلام أحدهما عند القبض كوجوده
عند العقد وهذا لان قبض المسلم فيه قبض تملك فانه بعقد السلم ملك المسلم فيه دينا وانما
يتعين ملكه بالقبض فان كان رب السلم هو الذى أسلم فالمسلم لا يملك الخمر بحكم عقده
فان كان المسلم اليه هو الذى أسلم فليس له أن يملك الخمر من غيره بعقد فعلمنا أنه تحقق
فوات قبض المسلم فيه وذلك مبطل للعقد فان المسلم فيه مبيع ومتى تحقق فوات قبض
المبيع بطل البيع كما اذا تحقق ذلك بالهلاك في بيع العين وان كان قبض بعضه بطل مابقى وجاز
ماقبض لان ملكه تم فى المقبوض فباسلامه بعد ذلك لايبطل ولكن اسلامه يمنع من
قبض مابقى فيبطل العقد فيه لفوات القبض وهذا لان السبب الطارىء يلاقى المنتهى بالعفو
عنه والقائم بالرد قال الله تعالى (وذروا مابقى من الربا ان كنتم مؤمنين) فبنزول حكم الربا
انما لزمهم ترك ما لم يقبضوا لا رد ما قبضوا منه فهذا مثله ثم النصرانى والمسلم فى حكم
السلم سواء ماخلى الخمر حتى لايجوز السلم بينهم فى المنقطع لان فساد ذلك فيما بين المسلمين
لعجز العاقد عن تسليم المعقود عليه وهم فى ذلك كالمسلمين والسلم بينهم فى الخنزير لايجوز
بمنزلة السلم في الشاة بين المسلمين لان امتناع جواز السلم فى الحيوان لمعنى الجهالة وهم
يستوون فى ذلك بالمسلمين واذا أسلم في طعام جيد من طعام العراق أو الشام فهو جائز
بخلاف مالو أسلم فى طعام قرية أوقراح بعينه لان ذلك يتوهم انقطاعه بآفة فاما طعام ولاية
كالعراق والشام لايتوهم انقطاعه عرفا بآفة فانما أسلم فيما هو مقدور التسليم وقت وجوب
التسليم ولا بأس بالسلم فى الصوف وزنا لانه موزون معلوم فى نفسه وان اشترى كذا جزة
بغير وزن لم يجز للجهالة لان مقدار الصوف في كل جزة غير معلوم وذلك يتفاوت على وجه
يفضى الى المنازعة بينهما وان أسلم فى صوف غنم بعينها لم يجز لان ذلك يتوهم انقطاعه بالهلاك
ولان تعين محل المسلم فيه كتعين المسلم فيه ولانه لو باع الصوف الذى على ظهر الشاة بعينه
لايجوز فكذلك اذ أسلم فيه وكذلك ألبانها وسمونها لما بينا ولان هذه الاعيان مادامت
متصلة بالحيوان فهى وصف للحيوان ولا تثبت فيها المالية مقصودا الا بعد الانفصال فلا تكون
قابلة للعقد مقصوداً وكذلك ان أسلم فى سمن حديث أو زيت حديث فى غير حينه
وجعل أجله فى حينه فلا خير فيه لانه منقطع فى الحال من أيدى الناس وكذلك لاخير في
السلم في الحنطة الحديثة لانها اليوم منقطعة عن أيد الناس ولا يدرى أيكون فى تلك السنة أم

لا فلا يكون مقدور التسليم له وبدون قدرة التسليم لا يجوز العقد. قال (واذا أسلم في حنطة من حنطة هراة خاصة وهي تنقطع من أيدي الناس فلا خير فيه) كما لو أسلم في طعام قراح بعينه قيل لم يرد بهذا هراة خراسان وانما مراده قرية من العراق تسمى هراة وتلك القرية يتوهم أن يصيبها آفة فاما هراة خراسان لا يتوهم انقطاع طعامها فهو والسلم في طعام العراق سواء ثم . قال (وان أسلم في ثوب هروى فلا بأس به) من أصحابنا رحمهم الله من يقول لان الثوب الهروى لا يتوهم انقطاعه بخلاف الطعام فالمراد قد يستاصل طعام هراة ولا يستأصل حركة هراة وهذا ضعيف قالوا قد يستأصل حركة هراة أيضا ولكن المعنى الصحيح في الفرق أن نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعين المكان فان الثوب الهروى ماينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو بغير هراة يسمى هرويا بمنزلة الزندیجي والوداري والي هذا أشار في الكتاب فقال الثوب الهروى من الثياب بمنزلة الحنطة من الحبوب يعنى بهذا بيان الجنس بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ماتنبت بأرض هراة حتى أن النابت في موضع آخر لا ينسب الى هراة وان كان بتلك الصفة فكان هذا تعيينا منه للمكان ولذلك يتوهم انقطاعه وقال مشائخنا رحمهم الله ان نسب الطعام الى موضع يعلم أن مراده بذلك بيان الصفة فذلك لا يفسد السلم كالحراني سحاري فانه يذكر ذلك لبيان صفة جودة الحنطة فلا يختص به ماينبت في تلك القرية فكأنه قال في حنطة جيدة ووقع في الاصل والثوب الهروى لا يصنع بغير تلك البلاد وهو غلط بل الصحيح أن الثوب الهروى يصنع في غير تلك البلاد وعلى ما بينا أنه اسم للمنسوج بصفة فيسمى به وان نسج في غير هراة . قال (ولا بأس بالسلم في البوارى والحصير اذا وصف الطول والعرض والصفة) لانه مذروع معلوم كالثياب فالحصير ما يتخذ من البردى والحشيش والبوريا ما يتخذ من القصب ولا بأس بالسلم في نصل السيف اذا كان معلوم الطول والعرض والصفة لان ذلك لا يتفاوت في المالية بعد بيان نوع الحديد الاشياء يسيرا وذلك غير معتبر كما في الثياب والجيد من الطعام ولا خير في السلم في الطلع وهو اسم لاول ما يبدو من النخيل قيل هو شيء أحمر مثل لسان البقر يبدو من النخل ثم يخرج التمر منه وقد يقطع ذلك فيؤكل كما هو أو يطبخ منه المرقة لحموضة فيه وهو عددى متفاوت يختلف فيه الصغير والكبير وتتفاوت آحاده في المالية فلا يجوز السلم فيه كذلك . قال (ولا يجوز للشريكين قسمة السلم وغيره من الديون قبل القبض لان القسمة للحيازة وذلك

بأن يجعل كل واحد منهما نصيبه في حيزه وفى الدين لا يتحقق ذلك ثم القسمة لتوفير المنفعة
على كل واحد منهما في نصيبه وقطع الانتفاع عن نصيبه وذلك لا يتحقق في الدين قبل القبض
فاذا كان الشرط في عقد السلم أن يوفيه في مكان كذا فقال المسلم اليه خذه في مكان آخر
وخذ مني الكرا الى ذلك المكان فقبضه كان قبضه جائزاً لانه أخذ حقه ولا يجوز أخذ
الكر الا نه يملك المقبوض بقبضه وانما يحمل ملك نفسه والانسان في حمل ملك نفسه
لا يستوجب الاجر على الغير وانما يستوجب الاجر على الغير بعمل يعمل للغير لا لنفسه فعليه
رد ما أخذ من الكرا وهو بالخيار ان شاء رضي بقبضه وان شاء يرده حتى يوفيه في المكان
الذي شرط لانه انما رضي بقضبه في غير ذلك المكان بشرط أن يسلم له الكرا فاذا لم
يسلم لا يكون راضياً به وبدون رضاه لا يسقط ما كان مستحقا له وهو المطالبة بالايفاء في
المكان المشروط فان هلك المقبوض في يده فلا شيء له لانه تم قبضه للمسلم فيه وانما كان
الباقي له مجرد خيار وقد سقط ذلك بهلاك المقبوض في يده والخيار ليس بمال فلا يستوجب
حق الرجوع بشيء عند سقوط خياره. قال (ولا خير في أن يسلم العروض في تراب المعدن ولا
في تراب السواغين) لان عين التراب غير مقصود بل ما فيه من الذهب والفضة وقد بينا
أن السلم في الذهب والفضة لا يجوز ولان بذكر وزن التراب لا يصير ما هو المقصود معلوما
وقد يخلو بعض التراب منه وقد يقل فيه وقد يكثر فعرفنا أنما هو المقصود مجهول جهالة
لا تقبل الا علام فكان العقد باطلا لذلك ولا بأس بأن يسلم الحنطة وما أشبهها فيما يوزن
أو يكال بالرطل لما بينا أن ما يكال بالرطل فهو موزون واسلام المكيل في موزون هو مبيع
جائز لانه لا يجتمع في البدلين أحد الوصفين وهو الجنسية والقدر الواحد واذا اختلف
النوعان مما يكال فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد ولا خير فيه نسيئة وكذلك الموزونات وقد
بيناهذه الفصول في أول الكتاب ولا بأس بالبنفسج بالحنا والزئبق والورد رطلين برطل فان
الادهان أجناس مختلفة عندنا وعند الشافعي رضى الله عنه ما اتحد أصله منها جنس واحد وفيما
اختلف أصله له قولان لان الاسم والهبة واحد وانما اختلف فيها الرائحة وباختلاف الرائحة
لا يختلف الجنس كالمنتن من اللحم مع غير المنتن ولكنا نقول بما حل بكل واحد منهما من
الصفة اختلف الاصل والمقصود ومنع عود كل واحد منهما الى مثل حال صاحبه فيختلف
الجنس كالثياب والوداري مع الزند يجي جنسان مع اتحاد الاصل لاختلاف المقصود وعلى

هذا الزبد مع السمن وكذلك الزيت المطبوخ مع غير المطبوخ والدهن المربى بالبنفسج مع غير المربى يجوز بيع رطل من المطبوخ والمربى برطلين من غير المطبوخ وغير المربى لان تلك الرائحة بمنزلة زيادة فى عينها فكانه باع رطلا من زيت وبقله برطلين من زيت فيكون المثل بالمثل والباقى بازاء الزيادة وعن أبى يوسف رحمه الله قال هذا اذا كان المطبوخ ينتقص اذا ذهبت تلك الرائحة منه فان كان لا ينتقص فقد عرفنا أنه ليس بزيادة في العين فلا يجوز بيعه بغير المطبوخ الا رطلا برطل بخلاف المربى بالبنفسج مع المربى بالياسمين فهناك كل واحد منهما لا يصير مثل صاحبه بحال وهنا غير المطبوخ من الزيت يطبخ فيكون مثل المطبوخ فتعتبر المماثلة باعتبار المال وعلى هذا الالبان فانها أجناس عندنا وعند الشافعى رضي الله عنه الكل جنس واحد لبن الابل والبقر والغنم لاتفاق الاسم والهيئة وتقارب المقصود ولكنا نقول أصولها أجناس واللبن يتولد من العين كالولد فكان اختلاف جنس الاصل دليلا على اختلاف أجناسها ولا تقارب فى المقصود أيضاً فان مقصود المسلي يحصل بلبن البقر دون لبن الابل حتى أن مايكون أصله جنسا واحداً كالبقر مع الجواميس والعراب مع البخاتى والمعز مع الضأن فلبنهما جنس واحد ودليل اتحاد جنس الاصل تكميل نصاب البعض بالبعض في باب الزكاة وكذلك اللحوم أجناس مختلفة عندنا وللشافعى قولان فى أحد القولين يقول كذلك لاختلاف الهيئة هنا ألا ترى أنه يمكن تمييز البعض عن البعض برؤية الاعيان بخلاف الادهان والالبان وفى القول الآخر يقول الكل جنس واحد لاتفاق اسم العين وهو اللحم وتقارب المقصود منها فان كلها يصلح لما هو المقصود وهو اتخاذ المرقة منها وعندنا هى أجناس لان أصولها أجناس حتى لا يضم البعض الى البعض فى حكم الزكاة وكذلك الاسامى مختلفة لاختلاف الاضافة كدقيق الحنطة مع دقيق الشعير والثوب الهروى مع المروى وكذا لحم البقر والغنم والمقصود مختلف أيضا فبعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون البعض فربما ينفعه البعض ويضره البعض ولا تفاوت في المقصود أبلغ من هذا ولكن مع اختلاف الجنس هى موزونة كلها فكذلك لا يجوز بيع البعض بالبعض نسيئة ويجوز متفاضلا يداً بيد لانعدام أحد الوصفين. قال (ولا خير في الحنطة بالدقيق متساويا ولا متفاضلا) لان من الحنطة والدقيق شبهة المجانسة فان عمل الطحن فى الصورة هو تفريق الاجزاء وان كان فى الحكم الدقيق غير الحنطة ويجعل الدقيق حاصلا بالطحن ولهذا كان للغاصب اذا

طحن الحنطـة الا ان الربا مبنى علي الاحتياط فالشبهة فيه تعمل على الحقيقـة وعند وجود حقيقة المجانسة لايجوز بيع البعض بالبعض الا متساويا فكذلك اذا وجبت شبهة المجانسة ولا يعرف التساوى فى الكيل بين الدقيق والحنطة فالدقيق لا يصير حنطة قط ولكن الحنطة تطحن ولا يدرى أن بعد الطحن يتساويان في المكيال أم لا فاذا كان بالتساوى فى المعيارف الحال لايعلم التساوى بينهما بعد الطحن لايجوز بيع احدهما بالآخر وكذلك بيع الحنطة بالنخالة والنخالة أجزاء الحنطة كالدقيق الا أنه جزء خشن والدقيق جزء لين فاما بيع الدقيق بالدقيق عندنا كيلا بكيل يجوز وعند الشافعى لا يجوز لان الدقيق لايعتدل فى الدخول فى الكيل فانه ينكبس بالكبس والكيل عنده لا يكون معياراً شرعاً الا فيما يعتدل فى الكيل ولهذا قال ولا يجوز بيع الباقلاء والرطب بالرطب والمطعوم بالمطعوم اذاقوبل بجنسه فشرط جواز البيع عنده التساوى فى المعيار الشرعى وذلك لايوجد فيما لا يعتدل بالكيل ولكنا نقول الكيل فيما هو مكيل معيار شرعى والدقيق مكيل ومعرفة كونه مكيلا بالرجوع الى عرف الناس وهم يكيلون الدقيق كالحنطة ويجوز السلم فى الدقيق كيلا كما يجوز في الحنطـة فكان الكيل فيه معياراً شرعيا وما يتوهم فيه من التفاوت عند التكلف في كيل الدقيق يتوهم في الحنطة أيضا ثم يسقط اعتباره ووجب بناء الحكم على الوسط من ذلك فكذلك الدقيق ولا يجوز بيع السويق بالدقيق في قول أبى حنيفة متساويا ولا متفاضلا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز البيع تساويا أو تفاضلا بعد أن يكون يداً بيد لانهما جنسان مختلفـان فان الاسم مختلف والمقصود مختلف لانه يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصايد والاطولة منه ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق انما يلت بالسمن والعسل فيؤكل كذلك أو يضرب بالماء فيشرب فكان التفاوت بينهما فى المقصود أظهر من التفاوت فى المروى والمروى من الثياب وكذلك كل واحد منهما لا يصير مثل صاحبه بحال فالسويق لا يصير دقيقا والدقيق لا يصير سويقا بحال واختلاف الجنس يعرف بهذا ثم اتحاد الاصل لا يمنع اختلاف الجنس باعتبار هـذه المعانى كالادهان وعن أبي يوسف انه يجوز البيع متساويا لامتفاضلا لان الدقيق قد يصير سويقا بأن يرش عليه الماء ثم يقلي فيصير سويقاً وببغداد يتخذ السويق بهـذه الصفة فتعتبر المساواة بينهما لجواز العقد باعتبار المال ولابى حنيفة طريقان (أحدهما) أن السويق أجزاء الحنطة المقلية والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لايجوز بحال فكذلك

بيع السويق بالدقيق وتحقيق هذا أنهما انما جعلا جنسا واحداً قبل الطحن فعرفنا أنهما جنس واحد بعد الطحن لان الطحن فيهما عمل بصفة واحدة فلا يوجب اختلاف الجنس واذا كان جنسا واحداً تعتبر المماثلة على الوجه الذى صار مال الربا وهو قبل القلى والطحن وبتساويهما كيلا في الحال لا تظهر تلك المماثلة فلا يجوز العقد والطريق الآخران بيع الحنطة بالسويق لا يجوز بالاتفاق وربا الفضل لا يثبت الا باعتبار المجانسة ولا مجانسة بين الحنطة والسويق صورة فعرفنا أن المجانسة باعتبار ما فى الضمن والذى فى ضمن الحنطة دقيق فتثبت المجانسة بين السويق والدقيق بعد الطحن كما تثبت المجانسة بين السويق والحنطة باعتبار ما فى الضمن قبل الطحن يوضحه أن بيع الحنطة بالدقيق ربا وبيع الحنطة بالسويق ربا ومن ضرورة كون كل واحد منهما جنسا للحنطة أن يكون أحدهما جنسا للآخر وانما اختلف الاسم للصنعة لا لاسم العين فكل واحد منهما أجزاء متفرقة فيما كان له لت الحنطة قبل التفريق وليس فيه أكثر من انه فات بعض المقاصد فى السويق وبه لا يختلف الجنس كالحنطة المقلوة بغير المقلوة والعلكة مع الرخوة والتى أكلها السوس فانها لا تصلح للزراعة واتخاذ الهريسة والكشك منها ولا يوجب ذلك اختلاف الجنس فكذلك الدقيق مع السويق ولا خير في الزيت بالزيتون الا أن يعلم ان مافى الزيتون أقل فحينئذ يجوز والاصل فى جنس هذه المسائل ان المجانسة بين الشيئين تكون باعتبار العين تارة وباعتبار مافى الضمن أخرى فقيما وجدت المجانسة عينا لا تعتبر فى الضمن حتى يجوز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز حنطة أكلها السوس ولا يعتبر ما فى الضمن وفى الحنطة بالدقيق تعتبر المجانسة بما فى الضمن حقيقة وان كان ذلك شيئاً آخر حكما ثم لا مجانسة بين الزيت والزيتون صورة فانما تعتبر المجانسة بما فى الضمن وهو الزيت الذى فى الزيتون وبيع أحدهما بالآخر على أربعة أوجه إن علم أن ما في الزيتون من الزيت أكثر من المنفصل فقد يتحقق الفضل الخالى عن العوض فلا يجوز البيع وكذلك ان علم أنه مثله لان ثفل الزيتون يكون فضلا خاليا عن العوض وان كان لا يعلم كيف هو لا يجوز العقد عندنا وقال زفر يجوز لان الاصل في مقابلة مال بمال متقوم جواز العقد وانما الفساد بوجود الفضل الخالى عن العوض فما لم يعلم به لا يفسد البيع وعندنا الفضل الذى هو يتوهم الوجود كالمتحقق فى باب الربا احتياطا لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربا والريبة والريبة شبهة الربا وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة

الحرام فاذا لم تعلم المساواة جعل ذلك لتحقق الفضل احتياطا فيفسد العقد وان علم ان ما فى الزيتون من الزيت أقل من المنفصل فالبيع جائز لان المثل يصير بازاء المثل والباقى من الزيت بازاء التفل فلا يظهر الفضل الخالى عن المقابلة بهذا الطريق وكذلك دهن السمسم بالسمسم والعصير بالعنب واللبن بالسمن والرطب بالدبس ولا خير فى شئ من ذلك نسيئة لوجود الجنسية بينهما باعتبار مافى الضمن ولا بأس بخل الخمر بخل السكر متفاضلا يداً بيد لانهما جنسان فانا أصلهما جنسان لان السكر ماء التمر والخمر بالعنب وكما أن العنب مع التمر جنسان فكذلك الخل المتخذ منهما فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا ولا خير فى ذلك نسيئة لانه جمعهما قدر واحد وهو الكيل والوزن وان اشترى شاة بصوف وعلى ظهرها صوف أوشاة فى ضرعها لبن بلبن فان ذلك لا يجوز الا بطريق الاعتبار وهوان يعلم ان اللبن المنفصل اكثر مما فى الضرع وان الصوف المجزوز اكثر مما على ظهر الشاة وذكر الطحاوى ان هذا على الخلاف وجعله نظير بيع لحم الشاة بالشاة فان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى يجوز بيع لحم الشاة بالشاة الحية علي كل حال وعند محمد لايجوز الا بطريق الاعتبار وهو أن يعلم ان اللحم المنفصل أكثر من اللحم الذى فى الشاة فيكون المثل بالمثل والباقى بازاء المسقط وهو القياس لان المجانسة بين الشاة واللحم ثابتة باعتبار ما فى الضمن فلا يجوز البيع الا بطريق الاعتبار كما في الفصول المتقدمة وبيان ذلك أن اللحم موجود فى الشاة وهو المقصود وبه تختلف المالية ألا ترى أن الشاة فى الغنيمة من جملة الطعام يباح لكل واحد من الغانمين تناوله وذلك باعتبار مافيه من اللحم بل وجود اللحم فى الشاة أبين وأظهر من وجود الدهن فى السمسم فان ذلك حادث بالعصير حكما ولهذا كان ملكا للغاصب واللحم لا يحدث بالذبح ولهذا لو غصب شاة فذبحها لم يكن اللحم له والذبح نقصان محض بمنزلة القطع فى الثوب فلا يحدث به اللحم و هو ازهاق الحياة فيفوت به معنى النسل بمنزلة القلى في الحنطة يفوّت ما كانت الحنطة باعتباره ثبتة واذا ثبت أن اللحم موجود قبل الذبح لايجوز البيع الا بطريق الاعتبار وجه قولهما أنه باع عدديا متفاوتا بوزنى فيجوز كيف ماكان كما لوباع الثوب بالقطن وبيان الوصف ان الحيوان عددى متفاوت ولهذا لايجوز السلم فيها ويجوز بيع الشاة بالشاتين وتأثيره أن المجانسة باعتبار مافى الضمن انما تطلب اذا كان كل واحد من البدلين مقدرا فاما اذا لم يكن أحدهما مقدراً لا يشتغل بطلب المجانسة

بينهما وبهذا يقع الفرق بين هذا وبين ماتقدم من الفصول ولكن بهذا التقرير لا يتضح
الفرق في جميع الفصول فان بيع دهن الجوز بالجوز لا يجوز الا بطريق الاعتبار والجوز
ليس بمقدر ولهذا يجوز بيع جوزة بجوزتين ولكن نقول اللحم في شراء الحيوان غير مقصود
وانما المقصود منه الدر والنسل والاسامة ليزداد عينها بالسمن فأما اللحم آخر المقاصد من
الحيوان وانما تعتبر المجانسة بما في الضمن اذا كان مقصوداً والدليل عليه أن المالية في الحيوان
لاتختلف باختلاف اللحم فقد نرى فرسين أو نجيبين يتساويان في اللحم ويتفاوتان في القيمة
تفاوتا فاحشاو البيع مبادلة مال بمال فاذا كانت مالية الحيوان لا تعرف بمقدار اللحم لا يعتبر
ذلك في البيع قبل الذبح بخلاف جميع ماتقدم فالمالية هنا تختلف باختلاف مقدار الدقيق في
الحنطة والدهن في السمسم والجوز ونحو ذلك نوضحه ان اللحم في الحيوان وان كان
موجوداً حقيقة فهو كالمعدوم حكما حتي لو أخذ بضعة من لحم الحيوان لا يباح تناولها عرفنا
أن مقصود اللحم حاصل بالذبح حكما فلا يعتبر قبله وعلى هذا الحرف نقول في مسئلة الصوف
واللبن الجواب قولهم جميعا فانه مال موجود قبل الفصل ألا ترى انه مفصل من الحيوان
فيجوز الانتفاع به وهذا لانه لاحياة في الصوف واللبن فكان الحال فيهما قبل الذبح وبعد
الذبح سواء وعلي الطريق الاول هو علي الخلاف كما ذكره الطحاوى لان مالية الشاة لا
تعرف بما على ظهرها من الصوف ولا بما في ضرعها من اللبن كما لا تعرف مالية الحيوان
بمقدار اللحم فان باع لحم شاة بالبقر والابل جاز عندنا وعلي قول زفر والشافعي رحمهما الله
لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلا لحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان وروى أن جزوراً نحر على عهد أبي بكر رضى الله
تعالى عنه فجاء رجل بعناق وقال اعطونى بهذا العناق قطعة من هذا اللحم فقال أبو بكر رضى
الله عنه هذا لا يصلح ولكنا نقول هما جنسان مختلفان فيجوز بيع أحدهما بالآخر كيف
ما كان يداً بيد كما يجوز بيع الشاة بالبقر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم واذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد والمراد بالنهى عن بيع الحيوان اذا كان
أحدهما نسيئة فقد ذكر ذلك في بعض الروايات وبه نقول فان السلم في كل واحد منهما
لا يجوز عند أبي حنيفة وتأويل حديث أبي بكر رضى الله عنه أن ذلك البعير كان من ابل
الصدقة فكره أبو بكر رضى الله عنه بيع لحمه لانه انما نحر ليتصدق به علي الفقراء فلهذا قال

بيع الحيوان

لا يصلح واذا أسلم الرجل حنطة في شعير وزيت كان باطلا في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز في حصة الزيت لان الفساد بوجود العلة المفسدة وذلك في الشعير خاصة فان صحة الكيل لما جمع البدلين حرم النساء وفي حصة الزيت لم يوجد ذلك فان اسلام المكيل في الموزون صحيح وثبوت الحكم بحسب العلة وليس من ضرورة فساد العقد في أحدهما فساد العقد في الآخر كما لو باع عبداً ومدبرا وكما لو باع عبدين فهلك أحدهما قبل القبض لا يفسد العقد في الآخر وأبو حنيفة يقول العلة المفسدة للعقد وجدت في الكل أما في حصة الشعير فظاهر وفي حصة الزيت فقد جعل قبول العقد في الشعير شرطا في قبول العقد في الزيت لان من جمع بين الشيئين في العقد الواحد فانه يكون شارطا عليه قبول العقد في كل واحد منهما ولهذا لو قبل العقد في أحدهما دون الآخر لا يجوز وهذا شرط فاسد والسلم يفسد بالشرط الفاسد يوضحه أن فساد العقد في الشعير لاشتراط الاجل واشتراط الاجل في العقد والعقد واحد فاذا تمكن فيه الشرط الفاسد فسد العقد كله بخلاف بيع القن والمدبر فالعقد في المدبر ليس بفاسد ولهذا لو أجاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك لمعنى فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر وكذلك لو هلك أحد العبدين فالمفسد فوت القبض وذلك لمعنى في الهالك لا في العقد ونظائر هذه المسئلة تذكر في باب البيوع الفاسد ان شاء الله تعالي وكذلك ان أسلم فوهبه في فوهية ومروية لان الجنس يحرم النساء كالكيل وبهذا يتبين ان الطريق ماقلنا دون مايقوله بعض مشايخنا رحمهم الله لابي حنيفة اذا كان الفساد قويا مجمعا عليه ويمكن في البعض تعدى الي ما بقي فان فساد العقد بسبب الجنسية غير مجمع عليه وقد سوى بين الفصلين فعرفنا ان الطريق ما قلنا. قال (ولا بأس بأن يسلم الفلوس فيما يوزن لان الفلوس عددية متقاربة فيجوز اسلامها في كل مكيل أو موزون الا الصفر خاصة فانه لا يجوز اسلام الفلوس فيه للجنسية فالفلوس صفر فان قيل اذا كانت الفلوس صفرا والصفر موزون فينبغي أن لا يجوز اسلام الفلوس في الموزونات قلت الصفر موزون في العرف لا بالنص ولا عرف فيه في الفلوس الرائجة ألا ترى أنها لا تتفاوت في المالية بتفاوت الوزن وكذلك لو أسلم سيفاً في شيء مما يوزن كان جائزاً لان السيف خرج من أن يكون موزونا عادة الا في الحديد فانه لا يجوز اسلام السيف في الحديد للمجانسة وكذلك كل إناء خرج بالصنعة من الوزن فلا بأس بأن يسلمه في الموزونات الا في نوعه ولا

بأس بأن يبيع إناء مصوغاً بأناء مصوغ من نوعه يداً بيـد وان كان أكثر منه في الوزن اذا كان ذلك الاناء لايباع وزنا لانه عددى متفاوت كالثياب وهذا بخلاف أواني الفضة والذهب فانه يجرى فيها ربا الفضل وان كانت لاتباع وزنا في العادة لان صفة الوزن في الذهب والفضة منصوص عليها فلا يتغير ذلك بالصنعة ولايخرج من أن يكون موزونا بالعادة والعادة لاتعارض النص فأما في الحديد والشبه وما أشبه ذلك صفة الوزن ثابتة في العرف فيخرج من أن يكون موزونا بالصنعة وبالعرف وبتعارف الناس بيع المصوغ منه عدداً فاما بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما لايجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيها ليكون أحد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في البيع وذلك هو الربا بعينه وان باع فلسا بعينه بفلس بغير أعيانهما لم يجز أيضاً لانه لو أجاز أمسك الفلس المعين وطالبه بفلسين آخر أو أسلم اليه الفلس المعين ثم قبض ذلك منه بعينه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته فيكون الفلس الآخر فضلا خاليا عن العوض وكذلك لو باع فلسين باعيانهما بفلس بغير عينه لايجوز لانه لوجاز يقبض المشترى الفلسين ثم دفع اليه أحدهمـا فـكان ما استوجب في ذمته فيبقى الآخر له بغير عوض فأما اذا باع فلسا بعينه بفسلين باعيانهما يجوز في قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة رحمهـما الله ولايجوز في قول محمد رضى الله عنه وهذا ينبني علي أن الفلوس لاتتعين بالتعيين مادامت رائجة عند محمد وعلى قولهما تتعين بالتعين اذا قوبلت بجنسها حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد عندهما ومحمد رحمه الله يقول الفلوس الرائجة ثمن والاثمان لاتتعين في العقود بالتعيين كالدراهم والدنانير ألا ترى أنها لو قوبلت بخلاف جنسها لم تتعين حتى لو اشترى بفلوس معينة شيئا فهلكت قبل التسليم لايبطل العـقد ولو اشترى بها جاز فكذلك اذا قوبلت بجنسها لان مايتعين بالتعيين فالجنس وغير الجنس فيـه سواء كالمكيلات والموزونات ومالاتتعين فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالذهب والفضة وهما يقولان الفلوس عـددى والعددي يتعين بالتعيين فيجوز بيع الواحد منـه بالمثنى كما لو باع جوزة بجوزتين باعيانهما وتحقيقه أن صفة الثمنية في الفلوس ليست بصفه لازمة ولاهو ثابت باصل الخلقة بل بعارض اصطلاح الناس والعاقد ان قصد تصحيح العـقد ولا وجه لتصحيح العـقد الا بأن تتعين الفلوس وتخرج من أن تكون رائجة ثمنا في حقهما فيجعل كانهما أعرضا عن ذلك الاصطلاح

والدليل على أن معنى الثمنية فى الفلوس بالاصطلاح أنه يصلح ثمن الخسيس من الاشياء دون النفيس وأنه يروج بعض الاشياء دون البعض ويروج فى بعض المواضع دون البعض بخلاف الذهب والفضة فان قيل تحت هذا الكلام فساد فانه اذا خرج فى حقهما من أيكون ثمناً كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتين من صفر وذلك لايجوز قلنا الاصطلاح فى الفلوس على صفة الثمنية والعدد فيهما في هذه المبايعة اعراضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها وما أعرض عن اعتبار صفة العدد فيها وليس من ضرورة خروجها من أن تكون ثمنا فى حقهما خروجها من أن تكون عددية كالجوز والبيض فهو عددى وليس بثمن فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة. قال (ولا بأس بأن يشترى شقة خز بشقة خز هى أكثر منها وزنا) لانها لا توزن وانما تذرع كسائر الثياب وبيع ماليس بكيل أوموزون بجنسه يداً بيد يجوز كيف ما كان. قال (ولا بأس بالتمر بالرطب مثلا بمثل وان كان الرطب ينقص اذا جف) وهذه مسائل (أحدها) بيع الرطب بالرطب كيلا بكيل جائز عندنا وعند الشافعى رضى الله عنه لايجوز وكذلك الباقلا وعلل في كتابه فقال لان بين الباقلتين فضاء ومتسعا معناه أنه لايعتدل فى الدخول فى الكيل حتى لا ينضم بعضه الى بعض بل يتجافي ويتفاوت مقدار التجافى فيه فلا يكون الكيل فيه معياراً شرعيا والمخلص عن الربا يكون بالتساوى فى المعيار الشرعي وقاس بيع الحنطة المقلية بغير المقلية فان المقلية لا تعتدل فى الدخول فى الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالقلى أو صخور فانها اذا قليت رطبة انتفخت واذا قليت يابسة ضمرت وحجتنا فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر كيل بكيل والتمر اسم للثمرة الخارجة من النخل من حين ينعقد عليها صورتها الى أن تدرك فكان الرطب تمراً والدليل عليه قول القائل

وما العيش الا نومة وشرق وتمر على رؤس النخيل وماء

والمراد الرطب والمعنى فيه ان الرطب أمثال متساوية بدليل ثبوت حكم الربا فيها وقد بينا أن حكم الربا لايثبت فى المال مالم يصر أمثالا متساوية وانما صارت أمثالا متساوية بصفة الكيل فكان الكيل فيها عياراً شرعياً والاصل أنه يراعى وجود المساواة بين المثلين على الوجه الذى صار مال الربا كما فى الحنطة وغيرها وبه فارق المقلوة فان الحنطة لا تخلق كذلك بل تكون فى الاصل غير مقلوة وتصير مال الربا بتلك الصفة فتراعى تلك المماثلة وبعد القلى لا تعرف تلك المماثلة وان تساويا فى الكيل فلهذا لايجوز بيع المقلية بغير المقلية ولا بالمقلية فان قيل

هذا فاسد فقد جوز ثم بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة كيلا بكيل والرطوبة صفة حادثة بصنع العباد كالقلي (قلنا) الحنطة فى الاصل تخلق رطبة ويكون مال الربا على هذه الصفة فاذا بلت بالماء عادت الى تلك الصفة فاذا وجدت المماثلة علي الوجه الذى صارت مال الربا جاز العقد وهى لا تخلق فى الاصل مقلوة حتى يكون هذا إعادة الي تلك الصفة فيها فأما بيع الرطب بالتمر كيلا بكيل يجوز فى قول أبى حنيفة ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد والشافعى رحمهما الله لحديث سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال صلى الله عليه وسلم أينقص اذا جف قالوا نعم فقال عليه الصلاة والسلام فلا اذا وفي حديث ابن عمر رضى الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الرطب بالتمر كيلا وعن بيع العنب بالزبيب كيلا ثم فى قوله عليه السلام أينقص اذا جف إشارة الى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة فى أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف ولا يعرف ذلك بالمساواة فى الكيل فى الحال فهذا الحديث دليل الشافعى رضى الله عنه أيضا في المسئلة الاولى من هذا الوجه واعتبار المماثلة فى أعدل الاحوال صحيح كما في بيع الحنطة بالدقيق فانه لا يجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن ولان العقد جمع بين البدلين أحدهما علي هيئة الادخار والآخر ليس علي هيئة الادخار ولا يتماثلان عند التساوى في الصفة فلا يجوز بيع المقلية بغير المقلية وهذا بخلاف الجودة والرداءة فالرداءة من نوع العيب والرطوبة فى الرطب ليس بعيب فان العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة فأما ما لا يخلو عن أصل الفطرة السليمة لا يكون عيبا كالصغير فى الآدمى وانعدام العقل بسببه وهذا بخلاف الحديث مع العتق وكل واحد من البدلين هناك علي هيئة الادخار ثم الحديث اذا عتق لا يظهر فيه التفاوت الا شئ يسير لا يمكن التحرز عنه وذلك عفو كالتراب في الحنطة ودخل أبو حنيفة بغداد فسئل عن هذه المسئلة وكانوا أشد يداً عليه لمخالفته الخبر فقال الرطب لا يخلو إما أن يكون تمراً أوليس بتمر فان كان تمراً جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن تمراً جاز لقوله صلى الله عليه وسلم واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد رضي الله تعالى عنه فقال مدار هذا الحديث على زيد بن أبى عياش وزيد بن أبى عياش لا يقبل حديثه واستحسن منه أهل الحديث هذا الطعن حتى قال ابن المبارك كيف يقال أبو حنيفة لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن أبى عياش ممن لا يقبل حديثه وهذا الكلام فى المناظرة يحسن لدفع شغب

الخصم ولكن الحجة لا تتم بهذا لجواز أن يكون هنا قسما ثالثا كما في المقلية بغير المقلية ولكن الحجة لابي حنيفة الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثل بمثل يد بيد كيل بكيل وقد بينا أن التمر اسم للثمرة الخارجة من النخيل حين تنعقد صورتها الى أن تدرك وما يتردد عليها من الاوصاف باعتبار الاحوال لا يوجب تبدل اسم العين كالآدمي يكون صبياً ثم شابا ثم كهلا ثم شيخا فاذا ثبت ان الكل تمر يراعى وجود المماثلة حالة العقد على الصفة التي دخلت فى العقد لان اعتبار المماثلة سبب المقابلة وذلك يكون عند العقد وما كان اعتبار المساواة الا نظير الاجود فكما لا يعتبر التفاوت فى ذلك فكذلك فى هذا وقد تحققت المساواة بينهما فى الكيل فى الحال لان الرطوبة التى فى الرطب مقصودة وهى شاغلة للكيل فلا يظهر التفاوت الا بعد ذهابها بالجفاف فلا يتبين به أن التفاوت كان موجوداً وقت العقد بخلاف الحنطة بالدقيق فان بالطحن تتفرق الاجزاء ولا يفوت جزء شاغل للكيل فتبين بالتفاوت بينهما بعد الطحن أنهما لم يكونا متساويين عند العقد وكذا المقلية بغير المقلية فان بالقلى لا يفوت جزء شاغل للكيل انما تنعدم اللطافة التى كانت بها الحنطة منبتة ولما ظهر التفاوت بعد القلي عرفنا أن هذا التفاوت كان موجوداً عند العقد ثم صاحب الشرع أسقط اعتبار التفاوت فى الجودة بقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء واعتبر التفاوت بين النقد والنسيئة حتى شرط اليد باليد وصفة الجودة لا تكون حادثة بصنع العباد والتفاوة بين النقد والنسيئة حادث بصنع العباد وهو اشتراط الاجل فصار هذا أصلا ان كل تفاوت ينبنى علي صنع العباد فذلك مفسد للعقد وفى المقلوة بغير المقلوة والحنطة بالدقيق بهذه الصفة وكل تفاوت ينبنى على ماهو ثابت بأصل الخلقة من غير صنع العباد فهو ساقط الاعتبار والتفاوت بين الرطب والتمر بهذه الصفة فلا يكون معتبراً كالتفاوت بين الجيد والردى. قال (وبيع العنب بالزبيب كبيع الرطب بالتمر) فاما بيع الحنطة المبلولة باليابسة أو الرطبة باليابسة يجوز فى قول أبى حنيفة وفي قول محمد لا يجوز وذكر فى نسخ أبى حفص قول أبى يوسف كقول أبى حنيفة رحمهما الله تعالي وهو قوله الآخر فاما قوله الاول كقول محمد فأبو حنيفة مر علي أصله وهو اعتبار المساواة في الكيل عند العقد ومحمد مر على أصله وهو اعتبار المماثلة في أعدل الاحوال كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث سعد رضى الله تعالي عنه وذلك لا يوجد فى الحنطة الرطبة والمبلولة بعد الجفوف وأبو يوسف يقول القياس ما قاله أبو حنيفة ولكن تركت القياس فى الرطب بالتمر للحديث والمخصوص

من القياس بالاثر لا يلحق به الا ما كان فى معناه من كل وجه والحنطة الرطبة ليست فى معنى
الرطب من كل وجه فالرطوبة فى الرطب مقصودة وفى الحنطة غير مقصودة بل هو عيب
فلهذا أخذت فيه بالقياس وأبو حنيفة يقول تأويل الحديث ان صح ان النبي صلى الله عليه
وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقد نقل ذلك فى بعض الروايات وفائدة قوله صلى
الله عليه وسلم أينقص اذا جف أن الرطب اذا جف ينقص الا أن يحل الأجل فلا يكون
هذا التصرف مفيداً وكان السائل وصيا ليتيم فلم ير رسول الله صلي الله عليه وسلم فى ذلك
التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفوف فمنع الوصي منه على طريق الاشفاق لا
على وجه بيان فساد العقد فاما الحنطة المبلولة بالمبلولة تجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما
الله تعالي لما قلنا ولا يجوز عند محمد وكذلك الزبيب المنقع بالمنقع والتمر المنقع بالمنقع ومحمد يفرق
بين هذه الفصول وبين بيع الرطب بالرطب فيقول هناك التفاوت يظهر بعد خروج البدلين
عن الاسم الذى عقد به العقد فلا يكون ذلك تفاوتا فى المعقود عليه وهذه الفصول تظهر
التفاوت بعد الجفوف مع بقاء البدلين على الاسم الذى عقد به العقد فبهذا الحرف يتضح
مذهبه في هذه الفصول ثم ذكر بيع الحنطة المقلية بغير المقلية وقد بينا الحكم فيه وأهل
الادب طعنوا عليه في هذا اللفظ فقالوا انما يقال حنطة مقلوة فاما المقلية المبغضة يقال قلاه
يقلية اذا أبغضه ولكنا نقول محمد كان فصيحا فى اللغة الا انه رآى استعمال العوام هذا اللفظ
فى الحنطة ومقصوده بيان الاحكام لهم فاستعمل فيه اللغة التى هى معروفة عندهم وما كان
يخفى عليه هذا الفرق ولا يجوز الحنطة بالسويق متساويا ولا متفاضلا الا أن تكون الحنطة
اكثر ومع السويق فضة أو ذهب فيكون مامعه بفضل الحنطة لان الصحة مقصود المتعاقدين
ومتى أمكن تحصيل مقصودهما بطريق جائز شرعا يحمل مطلق كلامهما عليه ويجعل كانهما
صرحا بذلك كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يجوز البيع وينصرف تسمية النصف
مطلقا الى نصيبه خاصة وكذا لو قال لرجل أوصيت لك بثلثى يجوز ويحمل على ايجاب
ثلث المال لانه عرف أنه مقصوده فهذا مثله والاصل فيه قوله تعالى فبشر عبادى الذين يستمعون
القول فيتبعون أحسنه وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تظنن بكلمة خرجت من فم أخيك
المسلم سوءا وأنت تجدلها فى الخير محملا ولو أسلم ثوبا قوهيا فى ثوب مروى ويجعل من المسلم اليه
فضل دراهم أو متاع جاز لان مابخص الدراهم أو المتاع من الثوب القوهي يكون مبيعاً وما

يخص الثوب المروى منه يكون رأس المال واسلام القوهى فى المروى جائز وكذلك لو أعطاه ثوبا في حنطة وشعير فجعل بعضه عاجلا وبعضه الى أجل فهو جائز لان ما يخص العاجل منه ان كان بعينه فهو متقابضة وان كان بغير عينه وكان موصوفا فهو ثمن وما يخص الاجل فهو بيع الثوب بثمن مؤجل وهذا لان الثوب مبيع والمكيل اذا كان بعينه يكون مبيعا واذا كان بغير عينه وما يقابله مبيع فهو ثمن والبيع بثمن مؤجل صحيح اذا كان معلوم الوصف ولو أعطاه ثوبا فوهيا في ثوب فوهى بنسيئة فهو مردود لانه لاوجه لتصحيحه بيعا مقابضة فان أحد البدلين ليس بعين ولا وجه لتصحيحه سلما لان البدلين من جنس واحد ولاوجه لتصحيحه قرضا فان استقراض الثوب لا يجوز فان زاد فيه درهما مع الثوب الذى عجل أو زاده الآخر مع ثوبه درهما عاجلا كان ذلك كله أو آجلا كان ذلك فاسداً لان الزيادة بيع يقصد بها اخراج العين من العقد وادخال الرخص فيه وقد تعذر تصحيح الاصل هنا فلا يمكن تصحيح البيع لان ثبوت البيع بثبوت الاصل واذا أثبتنا الحكم في البيع بدون الاصل لم يكن بيعا وكذا لو كانت الزيادة دنانير أو ثوبا يهوديا أو كر حنطة أو غير ذلك لانه بيع للاصل حين أوجبه باسم الزيادة عينا كان أو دينا وان أسلم طعاما في شيء مما يوزن وزاد مع ذلك دراهم أو دنانير أو ثوبا عاجلا فهو جائز لان العقد فى الاصل المؤاجلة بمقابلة بعضه يكون ديناً بدين وان كانت الزيادة صحيحة هنا فيثبت حكمه فى الزيادة أيضاً وان جعله مؤجلا لم يجز لان المسلم فيه دين فالزيادة من الذى عليه السلم دراهم او دنانير أو ثوبا أو شيئا مما يوزن عاجلا فهو جائز وان جعله مؤجلا فهو جائز أيضا اذا كان معلوما فى نفسه لان رأس المال عين فلا يخص المسلم فيه من رأس المال يكون عقد السلم فيه صحيحا وما يخص الزيادة يكون بيعا بثمن الى أجل معلوم وذلك جائز أيضاً فأما اذا أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة ثم ان المسلم اليه زاد كرا آخر أو نصف كر لا تجوز الزيادة لانه لا يمكن جعل الزيادة ثمنا وجعل الدراهم مبيعا فلا بد من أن يجعل زيادة فى المسلم فيه والزيادة فى المسلم فيه من المسلم اليه على سبيل الالتحاق بأصل العقد لا يجوز لان عقد السلم جوز بخلاف القياس لحاجة الناس اليه ولا حاجة له الي الزيادة بل حاجته الى زيادة رأس المال فلا جرم الزيادة فى رأس المال على سبيل الالتحاق باصل العقد جائزة فى المجلس • قال (وان أسلم طعاما فى ثياب مختلفة أو فى أشياء من الوزنيات مختلفة ولم يسم رأس مال كل صنف منها فهو فاسد) فى قول أبى حنيفة رحمه الله بناء على أصله فى اشتراط اعلام قدر رأس المال فيما

يتعلق العقد على قدره وقد سبق بيانه ولا بأس بأن يشترى الرجل الشاة الحية بالشاة المذبوحة يداً بيد لانه بيع عددى فورى فالشاة الحية لاتوزن ولا خير فيه نسيئة لان النسيئة ان كانت فى الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كانت فى البدل الا خر فهو سلم فى اللحم ولو كانتا شاتين مذبوحتين قد سلختا اشتراهما رجل بشاة مذبوحة لم تسلخ كان ذلك جائزاً أيضا لان المثل من لحم الشاة بمقابلته من الشاتين والباقى من لحم الشاتين بازاء الجلد والسقط فيجوز ذلك ويحمل مطلق كلامهما عليه لتحصيل مقصودهما ولو كانت الشاة ليس معها جلد كان ذلك فاسداً لان العقد اشتمل على اللحم فقط من الجانبين واللحم موزون فاذا وجدت الجنسية والوزن حرم التفاضل. قال (ولا بأس بكر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكر شعير يداً بيد) فتكون حنطة هذا بشعير هذا وشعير هذا بحنطة هذا عندنا استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله وكذلك لو باع مد عجوة وزبيب بمدى عجوة وزبيب أو باع ديناراً ودرهما بدرهمين ودينارين فأما اذا باع درهما جيداً ودرهما زيفا بدرهمين جيدين يجوز عند أصحابنا رحمهم الله وعند الشافعى لايجوز وكذلك لو باع ديناراً نيسابوريا أو ديناراً هرويا بدينارين نسابوريين أوهرويين وهذا بناء على الاصل الذى تقدم فان عند الشافعى رحمه الله للجودة قيمة فى الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فانما ينقسم الدرهمان الجيد ان على الجيد والزيف باعتبار القيمة فيصيب الجيد أكثر من وزنه والزيف أقل من وزنه وذلك ربا وعندنا لا قيمة للجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فالمقابلة باعتبار الاجزاء ويجوز العقد لوجود المساواة في الوزن عملا بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثل بمثل والفضة بالفضة مثل بمثل يد بيد وبقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء وأما الكلام فى الفصل الثانى فوجه القياس فيه ان العقد متى اشتمل على أعواض من أجناس مختلفة ينقسم البعض على البعض باعتبار القيمة كما لو باع عبداً أو ثوبا بجارية وحمار وهذا لان الانقسام يكون على وجه يعتدل فيه النظر من الجانبين حال بقاء العقد وحال انفساخه فى البعض بعارض وانما يكون ذلك في الانقسام باعتبار القيمة وأما فى صرف الجنس الى خلاف الجنس يتضرر أحدهما عند انفساخ العقد فى البعض بعارض والدليل عليه انه لو باع قفيز تمر بقفيزى تمر لايجوز ولا يجعل التمر من كل جانب بمقابلة القوى من الجانب الآخر ولو باع منا من لحم بنوى لحم لايجوز ولا يجعل اللحم من كل جانب بمقابلة العظم من الجانب الآخر حتى يجوز ولو اشترى عبداً بالف

درهم نسيئة ثم باعه من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز العقد فيما اشتراه لانه اشترى
ما باع باقل مما باع وتصحيح العقد هنا يمكن بان يجعل بمقابلة العبد الاول من الثمن الثانى
مثل الثمن الاول والباقى بازاء الآخر ومع ذلك اعتبر الانقسام بالقيمة فهذا مثله يدل عليه
ان فى الأموال الربوية يصرف الجنس الى الجنس لا الى خلاف الجنس فانه اذا باع ثوباً
وعشرة بثوب وعشرة بشرط قبض الدراهم فى المجلس لانه يجعل صرفا فى حق الدراهم ووجه
الاستحسان الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم فاذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد
ان يكون يداً بيد وقد اشتمل العقد هنا على نوعين مختلفين فينبغى أن يجوز العقد كيف شاء
المتعاقدان والمعنى فيه ما بينا ان تحصيل مقصود المتعاقدين ممكن بطريق شرعى وهو صرف
الجنس الى خلاف الجنس فيجب المصير اليه ويجعل ذلك كالمصرح به وهذا لان الانقسام فى
سأر المعاوضات باعتبار القيمة ليس بمقتضى العقد بل للمعاوضة والمساوات اذ ليس صرف
البعض أولى من البعض فيصير الانقسام والتوزيع باعتبار القيمة للمعاوضة وذلك غير موجود
هنا لانه لو صرف الجنس الي الجنس فسد العقد ولو صرف الجنس الي خلاف الجنس صح
العقد ولا معاوضة بين الجائز والفاسد فالجائز مشروع باصله ووصفه والفاسد مشروع بأصله
حرام بوصفه فاذا لم تتحقق المعاوضة على وجه المساوات لا يصار الى الانقسام باعتبار القيمة
ولكن يترجح ماهو مشروع من كل وجه عل ماهو مشروع من وجه دون وجه بخلاف
النوى مع التمر فالتمر والنوى كله مكيل من جنس واحد ولو صرح بصرف التمر الى النوى
لم يجز العقد وكذلك العظم مع اللحم لانه مركب فيه خلقة كالنوى في التمر فاذا كان عند
التصحيح لا يصح العقد فعند الاطلاق لا يحمل عليه أيضا فاما مسئلة العبدين (قلنا) فصل
المعاوضة يتحقق هناك لان جهات الجواز اتكثر فانه ان جعل بمقابلته مثل الثمن الاول يجوز
وكذلك ان جعل بمقابلته اكثر من الثمن الاول فلكثر جهات الجواز يتحقق معنى المعاوضة ويجب
المصير الى الانقسام باعتبار القيمة وهنا لا وجه للجواز الا واحد وهو صرف الجنس الى خلاف
الجنس يوضحه ان شرط الجواز هناك ان لا يكون الثمن الثانى أقل من الثمن الاول فكأنهما ولو
صرحا بهذا لم يصر مقدار الثمن معلوماً فلا يجوز العقد فان قيل المعاوضة هنا تتحقق أيضا فانه اذا
جعل الدراهم بمقابلة الدينارين يجوز وان جعل نصف درهم والنصف الباقى بمقابلة الدينار
ونصف ونصف دينار بمقابلة نصف الدينار والباقي بمقابلة درهم ونصف يجوز أيضاً (قلنا) نعم

ولكن هذا بطريق صرف الجنس الى خلاف الجنس ونحن ادعينا انه لاوجه للجواز هنا الا هذا الطريق فكيف مايشتغل به لايخرج به الطريق من أن يكون عينا واذا اشترى ثوبا وعشرة بثوب وعشرة (قلنا) هناك العقد صحيح من غير أن يصرف الجنس الى خلاف الجنس فان القبض في مجلس شرط بقاء العقد صحيحا لا شرط الانعقاد صحيحا ونحن انما صححنا هذا التصحيح العقد لا للبقاء صحيحا فلا يلزم. قال (وان اشترى قفيز حنطة بنصف قفيز هو أجود منه فلا خير فيه) لانه لا قيمة للجودة فنصف القفيز بمقابلة نصف قفيز والنصف الآخر خال عن العوض وبهذه المسئلة يتبين أن أدنى مايكون مال الربا من الحنطة نصف قفيز لما بينا انها انما تصير مال الربا لكونها مكيلا والمكيل ما يعرف مقداره بالكيل وذلك يوجد في نصف قفيز ولا يوجد فيما دونه ولا بأس بان يشترى الكفرى بما يناسب من التمر يدا بيد لان الكفرى ليس بتمر ولا يكال أيضا ولا خير فيه اذا كان الكفرى نسيئة لانه مجهول فيه الصغير والكبير وهو عددى متفات فان آحاده تتفاوت في الماليه. قال (ولا خير في التمر بالبسر اثنان بواحد وان كان البسر لم يحمر ولم يصفر لان البسر تمر على ما بينا ان التمر اسم لتمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها الى ان تدرك فاما في الكفرى قبل انعقاد صورة التمر فلا يكون تمرا وكذلك في كل صنف من صنوف التمر فلا خير في بعضه ببعض الا مثلا بمثل يدا بيد ولا خير في ان يبتاع حنطة مجازفة بحنطة مجازفة وكذلك كل مكيل أو موزون لان المساواة في القدر شرط لجواز العقد اذا صارت الاموال أمثالا متساوية وعند البيع مجازفة لا تظهر المساوات في القدر فلا يجوز العقد. قال (فان تبايع صبرة بصبرة مجازفة ثم كلنا بعد ذلك فكانتا متساويين لم يجز العقد عندنا) وقال زفر يجوز لان ماهو شرط الجواز وهي المماثلة قد تبين انه كان موجودا وان لم يكن معلوما للمتعاقدين فجاز العقد كالو زوجت امرأة نفسها من رجل وهناك شاهدان يسمعان كلامهما والمتعاقدان لا يعلمان ذلك كان النكاح جائزا وحجتنا في ذلك ان المعتبر لجواز العقد العلم بالمساواة عند العقد لانه اذا لم يعلم ذلك كان الفضل معدوما موهوما وما هو موهوم الوجود يجعل كالمتحقق فيما بنى أمره على الاحتياط كما في العقوبات التى تندرئ بالشبهات ولان باب الربا مبنى على الاحتياط فالفضل الموهوم فيه كالمتحقق وكذلك لو باع الحنطة بالحنطة وزنا بوزن لا يجوز لان الحنطة مكيلة فشرط الجواز فيها المماثلة الكيل وبالمساوة في الوزن لا تعلم المماثلة في الكيل وهذا بخلاف مالو أسلم في الحنطة وزنا فانه يجوز على ماذكره الطحاوى

لان في المسلم فيه لا تعتبر المماثلة وانما يعتبر الاعلام على وجه لا يبقى بينهما منازعة فى التسليم وذلك يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل وبهذه المسئلة يتبين الجواب عن الاشكال الذى ذكرنا فى مسئلة علة الربا على من علل فى مسئلة بيع الحفنة بالحفنتين انه انما جاز لان للجودة من الحفنة فيما عند مقابلتها بجنسها لان سقوط قيمة الجودة باعتبار كون المال من ذوات الامثال والمماثلة بالمعيار ولا معيار للحفنة بخلاف القفيز فزد على هذا الكلام مسئلة الغصب وهو أن يقال لا قيمة للجودة من الحفنة أيضا حتى اذا غصب حفنة من حنطة وذهبت جودتها عنده فاستردها صاحبها لم يكن له أن يضمن الغاصب النقصان لانا نقول لا قيمة للجودة منها لا نها موزونة لا لانها مكيلة وكما ان اعتبار الكيل يسقط قيمة الجودة فكذلك باعتبار الوزن الا ان الشرع أسقط اعتبار الوزن في الحنطة فى حكم الربا حيث نص على المماثلة فيه كيلا بقوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة كيل بكيل فلذا جوزنا بيع الحفنة بالحفنتين ولم يجعل للجودة من الحفنة قيمة فى الغصب لانها موزونة كما جوزنا السلم في الحنطة بذكر الوزن. قال (ولا خير في شراء التمر على روس النخل بالتمر كيلا أو مجازفة عندنا) وقال الشافعى يجوز شراء التمر على روس النخل بتمر مجذوذ على الارض خرصاً فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق وله فى مقدار خمسة أوسق قولان وحجته في ذلك حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة ورخص فى العرايا وهى أن تباع بخرصها فيما دون خمسة أوسق والدليل على ان المراد بالعراية التى رخص فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قلنا قول زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه فانه لما سئل ما عرايا كم هذه قال ان الرطب ليأتينا ولم يكن فى أيدينا بعد نبتاعه به وعندنا فضالات من التمر فرخص لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتباع بخرصها تمراً فنأكل مع اليابس الرطب ولان ما على روس النخل لا يتأتى فيها الكيل فأقام الشرع الخرص فيها مقام الكيل للحاجة تيسيراً بخلاف ما اذا كانا موضوعين على الارض وهذه الحاجة في القليل دون الكثير والتفاوت مع الخرص ينعدم أو يقل فى القليل ويكثر فى الكثير والفرق بين التفاوت الكثير واليسير فى التبرع أصل حتى أن الزيادة تدخل فى الكيلين يجعل عفواً بخلاف ما زاد على ذلك وحجتنا فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر كيل بكيل وما على روس النخل تمر فلا يجوز بيعه بالتمر الا كيلا بكيل وهذا الحديث عام متفق على قبوله فيترجح على الخاص المختلف

في قبوله والعمل به ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة فالمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة والمزابنة بيع التمر على رؤس النخل بالتمر خرصاً وأما العرية التي فيها الرخصة بقوله ورخص في العرايا هي العطية دون البيع قال صلى الله عليه وسلم للخراصين حققوا في الخرص فان في المال العرية والوصية والمخروص له لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب العطا وقال القائل شاعر الانصار

ليست بسيهاء ولا رجبيه ولكن عرايا في السنين الحوائج

والافتخار بالعطاء دون البيع وتفسير العرية أن يهب الرجل ثمر نخله من بستانه لرجل ثم يشق على المعرى دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمراً محدوداً بالخرص ليدفع الضرر عن نفسه ولا يكون مخلفاً للوعد وهذا عندنا جائز لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضاً عنه بل هبة مبتدأة وانما سمي ذلك بيعاً مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوى ان الرخصة مقصورة على هذ فنقل كما وقع عنده والقياس معنى في المسئلة لانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز لطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض أو كانا على رؤس النخيل وكما في سائر المكيلات من الحنطة والشعير فانه لو باع الشعير المتحصل بشعير مثله بطريق الخرص لم يجزو كذلك الحنطة والشافعي لا يجوز ذلك في الحنطة لمعنيين (أحدهما) ان شراء الحنطة في سنبلها بالدراهم عنده لا يجوز لانه شراء مالم يره بخلاف الشعير فانه ظاهر مرئي (والثاني) أنه بيع مطعوم بمطعوم من جنسه لم يعرف التساوى بينهما في المعيار الشرعي. قال (ولا بأس بشراء فضل الحنطة بحنطة مجازفة أو كيلا بعد أن يكون بعينه لان الفضل ليس بمكيل ولا موزون انما هو علف الدواب بمنزلة الحشيش ثم بيع الزرع النابت قبل أن يصير منتفعا به لا يجوز سواء باعه بالنقد أو بغيره لان البيع يختص بعين مال متقوم والزرع في أول مايبدو قبل أن يصير منتفعا به لا يكون مالا متقوماً اما بعد ما صار منتفعاً به بحيث يعمل فيه المناجل ومشافر الدواب يجوز بيعه لانه مال متقوم منتفع به فان باعه بشرط القطع أو مطلقا جاز لان مقتضي مطلق البيع تسليم المعقود عليه عقيبه فهو وشرط القطع سواء وان باعه بشرط الترك في أرضه حتى

يدرك فلا خير فيه لانه ان كان بمقابلة منفعة الترك بعض البدل فهو اجارة مشروطة فى البيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من البدل فهو اعارة مشروطة فى العقد وكل واحد منهما مفسد للعقد وان اشتراه مطلقا ثم تركه الى وقت الادراك فان كان الترك باذن البائع فالفضل طيب للمشترى لانه تبرع عليه بمنافع أرضه وان كان الترك بغير اذن البائع فعليه أن يتصدق بالفضل لانه حصل له بكسب خبيث فانه غاصب للارض والزيادة انما حصلت بقوة الارض فكان بمنزلة من غصب أرضاً وزرعها فعليه أن يتصدق بالفضل. قال (وان استأجر الارض مدة معلومة بأجر معلوم ليترك الفضل فيها فذلك جائز) لان استئجار الارض صحيح اذا كان المستأجر يتمكن من استيفاء منفعتها والتمكن هنا موجود لاشتغالها بزرعه بمعنى أنه وصلت منفعة الارض الي زرعه فصار كأن زرعه استوفي منفعة الارض وان استأجرها الي وقت الادراك فهو فاسد لجهالة المعقود عليه وقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحر وقد يتأخر اذا طال البرد ويلزمه أجر المثل لانه استوفى فى المنفعة بحكم عقد فاسد ولا يجاوز به ما سمى لانعدام المقوم في الزيادة ثم يرفع من الغلة ماغرم فيه ويتصدق بالفضل لانه حصل بحكم عقد فاسد فتمكن فيه نوع خبيث. قال (ولا بأس بأن يبتاع زرع الحنطة بعد ماأدرك بغير الحنطة عندنا) وعند الشافعى لا يجوز فى أحد القولين لانه اشترى ما لم يره وبيانه يأتى فى موضعه ان شاء الله تعالى. قال (واذا كان الشيء مما يكال أو يوزن بين رجلين وهما نوعان فاقتسماه مجازفة فأخذ أحدهما أحد النوعين والآخر النوع الآخر بغير كيل وأخذ كل واحد منهما نصف نوع مجازفة فهو جائز اذا اصطلحا عليه) لانهما جنسان مختلفان والمعاوضة عند اختلاف الجنس يدا بيد يجوز كيف ما كان وكل واحد منهما يأخذ نصف النوع الذى أخذه بتقديم ملكه والنصف الآخر عوضا عما تركه لصاحبه من نصيبه فى النوع الآخر وبيع الحنطة بالشعير مجازفة يجوز. قال (ولايجوز شراء اللبن فى الضرع كيلا ولامجازفة بدراهم أو غير ذلك لنهى النبي صلي الله عليه وسلم عن الغرر والغرر ما يكون مستور العاقبة ولايدرى أن مافى الضرع ريح أودم أو لبن ولان البيع يختص بعين مال متقوم بنفسه واللبن في الضرع بمنزلة الصفة في الحيوان ولايكون مالا متقوما بنفسه قبل الحلب وأوصاف الحيوان لاتقبل البيع كاليد والرجل ولان اللبن يزداد ساعة فساعة وتلك الزيادة لايتناولها البيع واختلاط المبيع بماليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع ثم تمكن المنازعة بينهما فى التسليم

لان المشترى يستعصى فى الحلب والبائع يطالبه بترك داعية اللبن وكذلك بيع أولادها فى بطونها لايجوز لمعنى الغرور وانعدام المالية والتقوم فيه مقصوداً قبل الانفصال وعجز البائع عن تسليمه واستدل بنهى رسول الله صلي الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة منهم من يروى بالكسر الحبلة فيتناول بيع الحمل ومنهم من يروى بالنصب الحبلة فيكون المراد بيع ما يحمل هذا الحمل بأن ولدت الناقة ثم حبلت ولدها فالمراد بيع حمل ولدها وقدكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطل ذلك كله رسول الله صلي الله عليه وسلم بنهيه عن بيع المضامين والملاقيح وعن بيع حبل الحبلة قيل المضامين ماتضمنه الاصلاب والملاقيح ماتضمنه الارحام وقيل علي عكس هذا المضامين ماتضمه الارحام والملاقيح ماتضمه الاصلاب وكذلك شراء أصوافها علي ظهورها لان الصوف قبل الجزاز وصف للحيوان وليس بمال متقوم فى نفسه ولان المنازعة بينهما يتمكن في التسليم فان المشترى يستعصى فى الجزاز والبائع يمنعه من ذلك وعن أبى يوسف رحمه الله أنه جوز ذلك لان الصوف عين مال ظاهر وقاسه ببيع قوائم الخلاف وذلك جائز والفرق بينهما على ظاهر الرواية ان النمو فى أغصان الشجرة يكون من رأسها لا من أصلها فلا يختلط ملك البائع بملك المشترى وأما النمو فى الصوف يكون من أصله وذلك يتبين فيما اذا حصب الصوف على ظهر الشاة ثم تركه حتى نما فالمحصوب يكون علي رأسه لا في أصله فيختلط ملك البائع بملك المشترى مع أن ما يكون متصلا بحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجرة فهو عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه لذلك . قال (وكل شيء اشتراه من الثمار علي رأس الشجر بصنف من غيره يدا بيد فلا بأس به وشراء الثمار قبل أن تصير منتفعا بها لايجوز) لانه اذا كان بحيث لا يصلح لتناول بنى أدم أو علف الدواب فهو ليس بمال متقوم فان صار منتفعا به ولكن لم يبد صلاحه بعد بأن كان لا يأمن العاهة والفساد عليه فاشتراه بشرط القطع يجوز وان اشتراه بشرط الترك لايجوز وان اشتراه مطلقا يجوز عندنا لان مطلق العقد يقتضى تسليم المعقود عليه في الحال فهو وشرط القطع سواء وعند الشافعى لايجوز هذا العقد لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها أو قال حتى يزهى أو قال حتى تؤمن العاهة وتأويله عندنا فى البيع بشرط الترك بدليل قوله أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمرة بما يستحل أحدكم مال أخيه المسلم وانما يتوهم هذا اذا اشتري بشرط الترك الي أن يبدو صلاحها أما اذا اشتراها بعد ما بدا صلاحها الا أنها لم تدرك بعد بشرط القطع

يجوز وكذلك مطلقا ويؤمر بأن يقطعها فى الحال بمقتضي مطلق العقد وعند الشافعى رحمه الله يتركها الى وقت الادراك لانه هو المتعارف بين الناس ولو اشتراها بشرط الترك فالعقد فاسد عندنا جائز عند الشافعى رحمه الله لانه متعارف بين الناس ومن الشرائط في العقود مايجوز العرف كما اذا اشترى نعلا وشراكين بشرط أن يحذوها البائع ولكنا نقول ان كان بمقابلة منفعة الترك شيء من البدل فهذه اجارة مشروطة فى البيع وان لم يكن فهى اعارة مشروطة فى البيع وقد ورد الشرع بالنهى عن ذلك حيث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر ثم ان الثمار على رؤس الاشجار تزداد وهذه الزيادة تحدث من ملك البائع بعد البيع فكانه ضم المعدوم الى الموجود واشتراهما فكان باطلا وفصل النعل مستحسن من القياس ولا يتمكن في ذلك الشرط شراء المعدوم فاما اذا تناهى عظم الثمار وصار بحيث لايزداد ذلك ولكن لم ينضج فان اشتراه بشرط القطع أو مطلقا يجوز وان اشتراه بشرط الترك ففى القياس العقد فاسد وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما قلنا وجوز محمد العقد فى هذا الفصل استحسانا لانه شرط متعارف ومدة الترك يسيرة وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا ولكن الشمس تنضجه بتقدير الله ويأخذ اللون من القمر بتقدير الله والطعم من الكواكب بتقدير الله فلم يبق فيه الا عمل الشمس والقمر والكواكب فلهذا قال محمد أستحسن أن أجوزه بخلاف ما قبل ان يتناهى عظمه فان اشتراه مطلق ثم تركه الى وقت الادراك فهو على قياس ما قدمنا من التفصيل في الفصل الا فى فصلين (أحدهما) ان هناك لو استأجر الارض مدة معلومة يجوز وهنا لو استأجر الاشجار مدة معلومة لا يجوز بحال لان استئجار الارض بالدراهم صحيح واستئجار الاشجار لا يجوز بحال (والثانى) ان هناك لو استأجر الارض الى وقت الادراك يلزمه أجر المثل ولا يطيب له الفضل وهنا لا يلزمه شئ من الاجر ويطيب له الفضل لان استئجار الاشجار لا يجوز له بحال فلا ينعقد العقد عليهما فاسدا أيضا وبدون انعقاد العقد لا يجب الاجر واذا صار العقد لغوا بقى مجرد الاذن والترك متى كان بأذن البائع فالفضل يطيب له ولم يذكر فصلا آخر فى الكتاب وهو ما اذا صار بعض الثمار منتفعا به ولم يخرج البعض بعد أو لم يصر منتفعا به ولم يخرج البعض أو لم يصر منتفعا به

كالتين ونحوه فاشترى الكل فظاهر المذهب ان هذا العقد لايجوز عندنا خلافا لمالك فانه
يقول وجود صفة المالية والتقوم في شئ مما هو المقصود يجعل كوجوده فى الكل للحاجة
الى ذلك كما ان فى باب الاجارة يجعل وجود جزء من المنفعة كوجود الكل فى حق جواز
العقد أو يجعل ما خرج أصلا ومالم يخرج منه جعل تبعا له في حق جواز العقد لتعامل الناس
ولكنا نقول جمع فى العقد بين المعدوم والموجود والمعدوم لا يقبل البيع وحصة الموجود من
البدل غير معلوم فلا يجوز العقد وجعل المعدوم حقيقة موجودا حكما للضرورة وذلك فيما
لا يقبل العقد بعد الوجود حقيقة فأما الثمار تقبل العقد بعد الوجود قال رضى الله عنه وكان
شيخنا الامام شمس الائمة يفتى بجواز هذا البيع فى الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك
وهكذا حكى عن الشيخ الامام أبى بكر محمد بن الفضل قال أجعل الموجود أصلا في العقد
وما يحدث بعد ذلك تبعا قال أستحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه
الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عادتهم حرج بين . قال وقد رأيت
رواية فى هذا عن محمد وهو فى بيع الورد على الاشجار فان الورد مثلا حتى ثم جوز البيع
في الكل مطلقا بهذا الطريق قال الشيخ الامام ولكن الاول عندى أصح لان المصير الى
هذا الطريق عند تحقق الضرورة ولا ضرورة فى الباذنجان والبطيخ فانه يمكنه ان يبيع أصولها
حتى يكون مايحدث من ملك المشترى له وفي الثمار كذلك فانه يمكنه ان يشترى الموجود
المنتفع به ببعض الثمن ثم يؤخر العقد فيما بقى الى ان يصير منتفعا به أو يشتري الموجود بجميع
الثمن ويحل للبائع ان ينتفع بما يحدث فيحصل مقصودهما بهذا الطريق . (قال وان اشترى
طعاما بطعام مثله فعجله له وترك الذى اشترى ولم يقبض حتى افترقا فلا بأس به عندنا) وقال
الشافعى يبطل البيع والتقابض فى المجلس فى بيع الطعام بالطعام من جنسه أو من خلاف
جنسه ليس بشرط عندنا وقال الشافعى هو شرط عندي واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم
فى الاشياء الاربعة يداً بيد والمراد به القبض ألا ترى ان هذا اللفظ فى الذهب والفضة
أفاد شرط القبض ثم قال فى آخر الحديث واذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن
يكون يداً بيد وهذا ينصرف الى جميع ماسبق ثم فهم منه فى بيع الذهب والفضة شرط القبض
في المجلس فكذلك في الاشياء الاربعة ولان العقد جمع بين بدلين لو قوبل كل واحد منهما
بجنسه عينا يحرم التفاضل بينهما فيشترط القبض فيه في المجلس كبيع الذهب والفضة وهذا

لان بالاتفاق يحرم النساء هنا مع اختلاف الجنس وليس ذلك للتفاوت فى المالية لان حقيقة التفاضل عند اختلاف الجنس يجوز فعرفنا ان حرمة النساء لوجوب القبض فى المجلس ولنا في المسئلة طريقان (أحدهما) ان القبض حكم للعقد فلا يشترط اقترانه بالعقد كالملك فانه يجوز ان يتأخر عن حالة العقد بخيار شرط أو نحوه وهذا لان حكم الشيء يعقبه ولا يقترن به وانما يقترن بالشيء شرطه والقبض فى كل بيع انما يستحق بالعقد فيكون حكم العقد لا شرطه وساعات المجلس انما تجعل كحالة العقد فيما هو شرط العقد فأما في الحكم مجلس العقد وما بعده سواء وهذا بخلاف الصرف فالقبض الذى هو حكم العقد لا يشترط هناك عندنا وانما يشترط التعيين لان التعين شرط العقد بدليل نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ والنقود لا تتعين فى العقود فكان اشتراط القبض للتعيين وليس أحد البدلين في الصرف بأولى من الآخر بهذا شرطنا القبض فيهما للتعين وفى باب السلم شرطنا القبض في رأس المال للتعيين حتى لا يكون ديناً بدين ولكن ما يقابله وهو السلم فيه مؤجل فلا يشترط التعيين فيه بمقتضي العقد ثم قد يرد عقد الصرف والسلم علي ما يتعين بالتعيين الا أنه يشق على كل تاجر معرفة ما يتعين ومعرفة مالا يتعين فأقام الشرع اسم الصرف والسلم مقام عدم التعيين فى البدلين تيسيراً علي الناس والطريقة (الثانية) ما علل في الكتاب وقال لانه حاضر ليس له أجل ومعنى هذا أن الحرمة باعتبار فضل في المالية حقيقة أو حكما باشتراط الاجل وذلك لا يوجد هنا فالتجار لا يفصلون فى المالية بين المقبوض في المجلس وبين غير المقبوض بعد أن يكون حالا واذا لم يتمكن فضل خالى عن المقابلة كان العقد جائزاً كما فى بيع العبيد والدواب بجنسه أو بغير جنسه وأما الصرف والسلم فقد اختصا باسم شرعاً واختصاصهما باسم لاختصاصهما بحكم يقتضيه ذلك الاسم وهو صرف ما في يد كل واحد منهما الى يد صاحبه بالقبض فى المجلس ولهذا شرطنا ذلك مع اختلاف الجنس والسلم أخذ عاجل بآجل فشرطنا التعجيل فى أحد البدلين بمقتضي الاسم وقد يؤخذ حكم العقد من اسمه كالكفالة والحوالة والنكاح فاما هذا البيع كسائر البيوع في الاسم وكل واحد من العوضين فيه يتعين بالتعيين فيكون حكم العقد فيه استحقاق التسليم لا وجوب القبض فى المجلس كما فى سائر البيوع وقد بينا في أول الكتاب ان المراد من قوله صلي الله عليه وسلم يداً بيد أى عين بعين لان التعيين بالاشارة باليد كما أن القبض يكون باليد فيصلح ذكر اليد كناية عنهما ولكن لو كان مراده القبض لقال من يدالى

يد فلما قال يداً بيد عرفنا انه بمنزلة قوله عين بعين وأما بيع العبد بالعبدين والثوب بالثوبين
فجائز بدون القبض فى المجلس لانهما يفترقان عن عين بعين وكذلك بيع العبد والثوب بالنقد
لانهما يفترقان عن عين بدين وذلك جائز ولو شرط فيه أجل يوم فى العين كان فاسداً لان
العين لا تقبل الاجل فالمقصود بالاجل أن يحصل فى المدة فيسلمه وذلك في العين لا يتحقق
ولانه منفعة فى اشتراط الاجل في العين لا يداً بيد لا يسقط فيه بالتعرف بعد أن كان
مملوكا لغيره بالعقد لان الاجل لا يمنع الملك ولكن فيه ضرر على المشترى من حيث قصور
يده عن العين الى مضى الاجل وجواز الشرط فى العقد الانتفاع به لا لضرر بغيره . قال (واذا
اشترى طعاما بطعام مثله واشترط أحدهما على صاحبه أن يوفيه طعامه فى منزله لم يجز) لان
شرط المساواة عند اتحاد الجنس ثابت بالنص وبهذا الشرط متمكن في أحد الجانبين فضل
وهو منفعة الحمل الى منزله ليوفيه فيه فتنعدم به المساوة وان كان اشتراه بغير جنسه بأن اشتراه
خارجا من المصر وشرط أن يوفيه فى منزله فى المصر فالعقد فاسد أيضاً لان وجوب التسليم
بالعقد فى الموضع الذى فيه المعقود عليه فالمشترى يملك بنفس العقد وهو عين فاذا اشترط
لنفسه منفعة الحمل على البائع فسد به العقد كما لو شرط أن يطحنه وان كان اشتراه في المصر
وشرط أن يحمله الى منزله فالعقد فاسد فان شرط ان يوفيه فى منزله فى القياس العقد فاسد
وهو قول محمد وفى الاستحسان هو جائز وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى
وجه القياس ما بينا ان بنفس العقد صار المبيع مملوكا للمشترى فى الموضع الذى فيه المعقود
عليه ففى اشتراط تسليمه فى مكان آخر شرطه منفعة لا يقبضه العقد فان كان بمقابلتها شيء
من البدل فهى اجارة مشروطة فى البيع والا فهى اعارة مشروطة فى البيع وذلك مفسد للبيع
كما لو اشتراها خارج المصر أو كان الشرط بلفظ الحمل وانما استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف
للعرف فان الانسان يشترى الحطب فى المصر ولا يكترى دابة أخرى لتحمله الى منزله ولكن
البائع هو الذى يتكلف لذلك وما كان متعارفا وليس في عينه نص يبطله فالقول بجوازه
واجب لما فى النزع عن العادة من حرج بين ومثل هذه العادة لا توجد خارج المصر بل اذا
اشترى الحنطة أو الحطب خارج المصر فالمشترى هو الذى يتكلف الحمل ذلك يوضحه أن
نواحي المصر كناحية واحدة حتى ان قيمة ما له حمل ومؤنة لا يختلف فى نواحى المصر
بخلاف المصر مع القرية فقيمتها فى المصر أكثر من قيمتها خارج المصر وما كان ذلك الا لان

المشترى هو الذي يتكلف بالنقل ثم هذا الاستحسان عند بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى في لفظ الحمل والايفاء سواء وقالوا لا فرق خصوصا في لسان الفارسية بين أن يقول يسار نجانه من أو يادنخانه من أو برداد بخانه من والاصح هو الفرق من قبل أن الايفاء من متضيات العقد فالعقد يوجب ايفاء المعقود عليه لا محالة فكان شرط الايفاء ملائما لمقتضي العقد فاما الحمل ليس من مقتضات العقد ألا ترى أن العقد قد يخلو عنه بأن يسلمه الى المشترى فى ذلك المكان وشرط الحمل لا يلائم مقتضي العقد فلهذا أخذنا فيه بالقياس. قال (وان اشترى شعيرا بصوف متفاضلا فلا بأس به) لانهما جنسان لاختلاف الاسم والهيئة والمقصود وأصلهما وان كان نوعا واحداً ولكن باختلاف هذه المعانى يختلف الجنس مع اتحاد الاصل كالثياب المتخذة من القطن وكذلك القطن بالكتان والمشاقة بالكتان لا بأس به متفاضلا لانهما جنسان مختلفان الا فى رواية عن أبى يوسف قال المشاقة والكتان جنس واحد فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر الا وزنا بوزن بمنزلة أنواع التمر والحديد والنحاس كذلك جنسان لا بأس ببيع أحدهما بالآخر متفاضلا ولا خير فى أن يسلم هذا فى شيء من الموزونات لان الكل موزون بثمن وكذلك الاوانى المتخذة من الصفر والنحاس اذا كان يباع وزنا لا يجوز اسلامهما في الموزونات أما أوانى الذهب والفضة فيجوز اسلامهما فى الموزونات من الزعفران والسكر وغيرهما كما يجوز اسلام الدراهم فى هذه الاشياء لان صفة الثمنية لها ثابتة بأصل الخلقة فلا تتغير بالصنعة وعند زفر لا يجوز لانه موزون مثمن حتى يتعين بالعقد فى التعيين فهذا كالمتخذ من الصفر والحديد واذا كان شرط السلم طعاما وسطا فأعطاه أجود أو أردأ فرضى به جاز لانه ان أعطاه أجود فقد أحسن فى قضاء الدين وان أعطاه أردأ فقد أحسن الآخر الى أسيره حين رضى منه به وأبرأه من صفة الجودة حين تجوز بدون حقه فجاز ذلك وذكر الطحاوى انه لو أسلم اليه دراهم فى حنطة فقبضها رب السلم فوجد بها عيبا وقد تعيب عنده فان رضي المسلم اليه أن يقبلها مع العيب الحادث رد المقبوض وطالبه رب السلم بحقه وان أبى أن يرضى لم يرجع رب السلم عليه بشيء فى قول أبى حنيفة لان الفائت وصف ولا قيمة للصفة فى الاموال الربوية منفردة عن الاصل وعند محمد رجع بحصة نقصان العيب من رأس المال لان بقدر ما يرجع يخرج من أن يكون رأس المال بمنزلة مالو حط بعضه فلا يؤدى الى الربا اذا رجع بحصة العيب بهذا الطريق وقال أبو يوسف ان أبى المسلم اليه أن يقبل المعيب غرم

رب السلم طعاما قبل المقبوض ورجع بحقه وهو مستقيم على أصله فى رد المثل عند تعذر رد العين لصاحب الدين اذا وجد المقبوض زيوفا وقد هلك فى يده وفي اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله . قال (لو قال لآخر اشتريت منك كر حنطة وسط الى أجل كذا بهذه العشرة دراهم على أن تؤديها الى فى مكان كذا فهو سلم جائز عندنا) وقال زفر لا يجوز لانه بيع ما ليس عند الانسان وهو منهى عنه شرعا وانما الرخصة فى السلم خاصة فاذا ذكر لفظ السلم جاز بطريق الرخصة والا فهو فاسد ولا كنا نقول قد أتينا بمعنى السلم وذكر شرائطه والعبرة للمعنى دون الالفاظ ألا ترى أنه لو قال ملكتك هذه العين بعشرة دراهم وقبل الآخر كان بيعا وان لم يذكر لفظ البيع وهذا على أصل زفر أظهر فانه يجعل الهبة بشرط العوض بيعا ابتداءا ثم ختم الباب بفصل من فصول التحالف وهو ما اذا اشترى عبدين وقبضهما وهلك أحدهما عنده ثم اختلفا فى الثمن فعلى قول أبي حنيفة القول قول المشترى ولا يتحالفان لا فى القائم ولا فى الهالك الا أن يشاء البائع ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا وعند أبي يوسف القول قول المشترى فى حصة الهالك ويتحالفان ويترادان في الحى وعند محمد يتحالفان ويترادان القائم وقيمة الهالك وهذا بناء على ما اذا اختلفا فى الثمن بعد هلاك السلعة فان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هلاك السلعة يمنع جريان التحالف بينهما وعند محمد لا يمنع وبيان هذا الفصل يأتى في بابه ان شاء الله فلما كان من أصل محمد أن هلاك جميع السلعة لا يمنع جريان التحالف فكذلك هلاك البعض ثم بعد التحالف فسخ العقد فى القائم منهما على العين ممكن فرد العين وفى الهالك رد العين متعذر فيقوم رد القيمة مقام رد العين كما لو كان الكل هالكا عنده والقول في قيمة الهالك قول المشترى مع يمينه لانكاره الزيادة بمنزلة الغاصب مع المغصوب منه اذا اختلفا في قيمة المغصوب وعند أبي يوسف لو كانا قائمين فسخ العقد فيما بينهما بالتحالف ولو كانا هالكين لم يجز التحالف بينهما فاذا مات أحدهما يعتبر كل واحد منهما فى نفسه كما فى الفسخ بسبب الرد بالعيب ثم تفسير قوله أن المشترى يحلف بالله ما اشتراهما بالفين ثم يحلف البائع بالله ما باعهما بألف كما يدعيه المشترى ولا يفضل احدهما عن الآخر في اليمين لانه اذا فضل أحدهما عن الآخر فى التحالف يفوت مقصود اليمين فكل واحد منهما يكون بارا فى يمينه وان كان الحال كما يدعيه خصمه فلهذا يجمع بينهما فى التحالف فاذا تحالفا ترد العين منهما ثم يحلف المشترى فى حصة الهالك بالله ما عليه من ثمنه الا خمسمائة اذا كانت قيمتهما سواء وإن

اختلفا في قيمة الهالك فينبغي أن يكون القول فى قيمته قول البائع مع يمينه وان اختلفا فى قيمة الحى لتوزيع الثمن عليهما تحكم قيمته فى الحال فان كانت مثل ما يقوله البائع أو أقل فالقول قول البائع مع يمينه وان كانت مثل ما يقوله المشترى أو أكثر منه فالقول قول المشترى مع يمينه وان كانت فيما بين ذاك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فاذا حلفا اعتبرت قيمته في الحال لتوزيع الثمن عليهما وأما بيان قول أبى حنيفة فانه يقول الصفقة صفقة واحدة والمقصود بالتحالف هو الفسخ فاذا تعذر ذلك بهلاك بعض المعقود عليه يجعل بمنزلة مالو تعذر بهلاك الكل ألا ترى أنهما لو كانا قائمين لم يستقم ثبوت حكم التحالف والفسخ فى أحدهما دون الآخر فكذلك بعد هلاك أحدهما بخلاف الرد بالعيب لان العيب مما لايمنع تمام الصفقة فاذا هلك أحدهما فى يده ووجد بالآخر عيباً فرده يكون هذا تفريقا للصفقة قبل التمام وذلك لم يجز بخلاف مانحن فيه فان جهالة الثمن تمنع تمام الصفقة فلو قلنا فانه يجوز رده يكون القول فى الثمن قول المشترى الا أن شاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا فحينئذ يصير الهالك كأن لم يتناوله العقد وكأنه ما اشترى الا القائم ثم عند ذلك يحلف المشترى بالله ما اشتراهما بألفين ثم يحلف البائع بالله ماباعهما بألف لان من اشترى شيئين بألفين ثم حلف ماشترى أحدهما بألف كان صادقا وكذلك من باع شيئين بالف ثم حلف ماباع أحدهما بخمسمائة كان صادقا فلهذا يجمع بينهما في التحالف فاذا تحالفا ردالعين ولا شيء للبائع على المشترى فى الهالك من ثمن ولا قيمة لانه قد أبرأه من ذلك حين رضى بأن يأخذ الحى فقط والله أعلم

﴿ باب الوكالة فى السلم ﴾

قال (واذا وكل الرجل الرجل أن يسلم له عشرة دراهم في كر حنطة فاسلمها الوكيل بشروط السلم ودفع الدراهم من عنده فهو جائز) لأن السلم عقد تمليك الآمر بمباشرته بنفسه فيجوز منه توكيل غيره به كبيع العين لان الوكيل يقوم مقام الموكل فى تحصيل مقصوده وهذا عقد يملك المأمور مباشرته لنفسه فيصح منه مباشرته لغيره بأمره كالبيع لان العاقد باشر العقد بأهليته وولايته الاصلية سواء باشر لنفسه أو لغيره والاصل فيه قوله تعالى (فابعثوا أحدكم

بورقكم هذه الى المدينة) الآية ومن دفع الى آخر دراهم ليشترى بها شيئاً فان المدفوع اليه يكون وكيلا من جهة الدافع وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه دفع الى حكيم ابن حزام أو الى عروة البارقى رضى الله عنهما ديناراً ليشترى له به أضحية فدل أن التوكيل جائز فى البيع فكذلك فى السلم لان السلم نوع بيع على ماعرف وكذلك الناس تعاملوا من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا التوكيل فى البيع والسلم جميعا فاذا عرفنا هذا فنقول الوكيل فى السلم كالعاقد لنفسه فى حقوق العقد حتى تتوجه عليه المطالبة بتسليم رأس المال دون الموكل وكذلك حق قبض المسلم فيه عند حلول الاجل يكون للوكيل دون الموكل وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله ذلك للموكل كله وعليه وأصل المسئلة في البيع فان حقوق العقد فى البيع والشراء تتعلق بالوكيل عندنا وعند الشافعى رحمه الله بالموكل. قال (لان الوكيل سفير ومعبر عنه بمنزلة الرسول فاذا عقد العقد خرج من الوسط وصار فى الحكم كأنّ الموكل عقده بنفسه) ألا ترى أن ماهو حكم العقد وهو الملك يثبت للموكل دون الوكيل فكذلك فى سائر أحكامه وشبه هذا بالوكيل بالنكاح فانه لا يتوجه عليه المطالبة بالصداق ولا يكون له حق قبض المعقود عليه بل ذلك كله للموكل والجامع بينهما أن كل واحد منهما عقد معاوضة فتتعلق أحكامه بمن قصد تحصيله لنفسه دون من عبر عنه ولنا أن العاقد هو الوكيل وسبب تعلق حقوق العقد بالمرء مباشرته العقد وثبوت الحكم باعتبار السبب فاذا كان هو العاقد حقيقة وحكما تتعلق حقوق العقد به كما لو باشر العقد لنفسه وهذا لان ولايته مباشرة العقد باعتبار أهليته وباعتبار كون ماهو ركن العقد وهو الكلام من خالص حقه وذلك لا يختلف بمباشرته لنفسه أو لغيره ونفوذه شرعا باعتبار ولايته الاصلية لا أن يثبت له بأمر الموكل اياه ولاية لم تكن ثابتة من قبل هذا لبيان أنه عاقد حقيقة وشرعا ومن حيث الحكم فلانه مستغن عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان معبرا عنه لم يستغن عن ذكره عند العقد فثبت أنه عاقد حكما مباشر للعقد بخلاف الرسول فانه عبارة عن مبلغ الأمر الى من أرسل اليه ولا يستغنى عن الاضافة اليه وكذلك الوكيل بالنكاح فانه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل حتى لو قال تزوجتك كان النكاح له دون الموكل فاما حكم العقد وهو الملك ففيه طريقان (أحدهما) أنه يثبت للوكيل ثم ينتقل منه الى الموكل من ساعته كما اتفقا عليه بالتوكيل السابق ومباشرته السبب تستدعي ثبوت الحكم الا أنه يستقر له فيثبت أولا له

ثم ينتقل منه الى غيره ولهذا لو كان قريبه لا يعتق عليه ولو كانت زوجته لا يفسد النكاح لان ذلك يستدعي ملكا مستقراً ولا يثبت ذلك للوكيل وعلى الطريق الآخر وهو الاصح لسبب انعقد حكمه موجبا للوكيل الا أن الموكل قام مقامه في ثبوت الملك له بالتوكيل السابق فيثبت للموكل على وجه الخلافة عن الوكيل كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فيقع الملك فيه لمولاه على وجه الخلافة واذا ثبت أن الوكيل كالعاقد لنفسه كان هو المطالب بتسليم رأس المال فاذا نقده من عنده رجع بمثله على الامر لانه نقد مال نفسه في عقد حصل مقصود ذلك العقد للآمر فأمره اياه بالعقد يكون أمراً باداء رأس المال من عنده على أن يرجع عليه بمثله وكذلك الوكيل هو الذي يقبض الطعام اذا حل الاجل بمنزلة العاقد لنفسه والغنم بمقابلة الغرم فاذا كان هو المطالب بتسليم رأس المال كان حق قبض الطعام اليه أيضا فاذا قبضه كان له حبسه حتى يستوفي الدراهم من الموكل عندنا خلافا لزفر كذلك الوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه وقبض السلعة كان له أن يحبسه أما اذا هلك في يده قبل أن يحبسه فانما يهلك من مال الموكل وللوكيل أن يرجع عليه بما أدى من الدراهم لانه في أصل القبض عامل له حتى يتعين به ملك الموكل في السلم ويتم ملكه به في المشترى فيكون هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل فان لم يهلك وأراد الوكيل حبسه بالثمن فله ذلك عندنا وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل أن هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل فكأنه قبض حقيقة ثم دفعه الى الوكيل وهذا لمعنيين (أحدهما) أن المقبوض أمانة في يد الوكيل والثمن دين له على صاحبه وليس للأمين أن يحبس الامانة بدينه على صاحبها (والثاني) أن الوكيل لما قبضه مع علمه أن الموكل يصير به قابضا فقد رضي بقبض الموكل فكان بمنزلة مالو سلمه اليه ثم أراد أن يسترده منه أو بمنزلة بائع سلم السلعة الى المشترى ثم أراد أن يستردها للحبس بالثمن ولنا أن الموكل ملك المشترى بعقد باشره الوكيل ببدل استوجبه الوكيل عليه حالا والا فكان له أن يحبس العين به كالبائع مع المشترى وهذا لان الوكيل مع الموكل بمنزلة البائع مع المشترى إما لان الموكل يتلقى الملك فيه من الوكيل بعوض ولهذا لو اختلف الوكيل والموكل في الثمن تحالفا ولو وجد به الموكل عيبا رده على الوكيل قوله بأن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل ففيه طريقان (أحدهما) أن قبض الوكيل متردد لجواز أن يكون لضم مقصود الوكيل ويجوز أن يكون لأحياء

حق نفسه وانما يتبين أحدهما عن الآخر بحبسه فكان الأمر فيه موهوما في الابتداء ان لم يحبسه عنه عرفنا انه كان عاملا للموكل وان حبسه عنه عرفنا انه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضاً بقبضه (والثانى) ان هذا قبض لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوصل الى الحبس مالم يقبض ولا يمكنه أن يقبض على وجه لا يصير الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حقه فى الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له الا التحرز عنه فاذا حبسه الوكيل وهلك في يده فعلى قول زفر هو غاصب فعليه ضمان مثله وفى قول أبى يوسف يهلك فى يده هلاك الرهن مضمونا بالاقل من قيمته ومن الثمن وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يهلك هلاك المبيع مضمونا بالثمن قل أو كثر وهذا الخلاف ذكره في كتاب الوكالة فأبو يوسف يقول انما كان مضمونا عليه بالحبس بحقه بعد أن لا يكون مضمونا فيكون فى معنى المرهون بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه أو لم يحبسه يوضحه أنه يحبسه ليستوفي ما أدى عنه من الدين والحبس للاستيفاء حكم الرهن ولان بهلاكه لا ينفسخ أصل البيع بخلاف المبيع اذا هلك في يد البائع وسقوط الثمن هناك لانفساخ البيع وهما يقولان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى بدليل ما بينا فكما أن المبيع اذا هلك فى يد البائع سقط الثمن قل أو كثر فكذلك هنا ولا نقول العقد لا ينفسخ هنا بل انفسخ فيما بين الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع وهو كما لو وجد الموكل بالمشترى عيبا فرده ورضي به الوكيل فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد فيما بينه وبين الموكل والدليل على أن هذا ليس نظير الرهن أن هذا الحبس ثبت فى النصف الشائع فيما يحتمل القسمة والحبس بحكم الرهن لا يثبت في الجزء الشائع فيما يحتمل القسمة وانما يثبت ذلك بحكم البيع فعرفنا أنه كالمبيع . قال (وان كان الوكيل دفع رأس المال من مال الموكل وأخذ بالسلم كفيلا أو رهنا فهو جائز) لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء والوكيل يملك الاستيفاء حقيقة فيملك أخذ الرهن به والكفالة للتوثيق والوكيل هو المطالب بالمسلم فيه فكان له أن يتوثق بأخذ الكفيل به لانه مالك المطالبة فملك التوثق بالمطالبة . قال (فان حل السلم فأخره الوكيل مدة معلومة فهو جائز فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن طعام السلم للموكل) وعلى قول أبى يوسف لا يصح تأخيره وكذلك ان أبرأ المسلم اليه عن طعام السلم وأصل هذا أن طعام السلم أصل يقبل

الابراء قبل القبض وأصل هذا فيما اذا عقد لنفسه ثم أبرأه عن طعام السلم صح ابراؤه في ظاهر الروايه وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يصح مالم يقبل المسلم اليه فاذا قبل كان فسخا لعقد السلم لان المسلم فيه مبيع وتمليك المبيع من البائع قبل القبض لا يجوز مالم يقبل فاذا قبل انفسخ العقد كالمشترى اذا وهب المبيع من البائع قبل القبض ووجه ظاهر الرواية أن المسلم فيه دين لايستحق قبضه فى المجلس فيصح الابراء عنه كالثمن في البيع بخلاف بدل الصرف أو رأس مال السلم فانّ قبضه فى المجلس مستحق وهذا لان استحقاق القبض في المجلس للتعيين الذى هو شرط العقد والابراء مفوت لذلك وأما الدين الذى لا يستحق قبضه في المجلس فتعيينه ليس شرطا لجواز اسقاط القبض فيه بالابراء يوضحه أن المسلم فيه من حيث أنه دين يجب بالعقد كان بمنزلة الثمن ومن حيث ان العقد يضاف اليه ويورد عليه كان بمنزلة المبيع فتوفر حظه عليهما فنقول لشبهه بالبيع لا يجوز الاستبدال به قبل القبض ولشبهه بالثمن يجوز اسقاط القبض فيه بالابراء اذا ثبت هذا فيما اذا كان عقد السلم فنقول لنفسه فكذلك الجواب اذا كان وكيلا يصح ابراؤه ويضمن مثله للموكل فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصح ابراؤه فى قول أبي يوسف وكذلك الخلاف فى المتاركة اذا تارك الوكيل السلم مع المسلم اليه وكذلك الخلاف فى الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشترى عن الثمن أو وهب له أو أجله فيه صح ذلك وضمنه للموكل فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يصح شئ من ذلك أستحسن ذلك وأدع القياس فيه قال محمد بن مقاتل وهذا عجب من أبي يوسف يقول أستحسن والقياس ما قاله لان الثمن والمسلم فيه ملك الموكل فانه بدل ملكه وانما يملك البدل بملك الاصل ألا ترى أن بقبضه يتعين ملك الموكل وانما يتعين بالقبض ملك من كان مالكا قبله فالوكيل تصرف فى ملك الغير بخلاف ما أمره به فلا ينفذ تصرفه كما لو قبضه فوهبه منه ودليل أن تصرفه بخلاف ما أمره به فلا ينفذ تصرفه كما لو قبضه فوهبه منه ودليل أن تصرفه ما أمره به ان الوكيل ضامن عندكم ولا يضمن الا بالخلاف والدليل علي انه ملك الموكل ان الموكل لو كان هو الذى أبرأه عنه صح ولو قبضه جاز قبضه وكذلك لو اشترى به شيئا أو صالح منه على عين بالثمن صح ولو كان للمشترى على الموكل دين فاشترى من الوكيل شيئا حتى وجب للموكل على المشترى دين أيضاً يصير قصاصا بدينه فبه يتبين أن الثمن الذى يجب بعقد الوكيل ملك الموكل

وان الزكاة فى هذا المال تجب علي الموكل فعرفنا ان الملك له وجه قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الوكيل تصرف فى خالص حقه فينفذ تصرفه كما لو كان عاقداً لنفسه وبيان الوصف في التأجيل ظاهر لانه يؤخر المطالبة ولا يسقط أصل الثمن والمطالبة حق الوكيل حتى ينفرد به على وجه لا يملك أحد عزله عنه وليس لاحد أن يطالب الا بأمره وكذلك الابراء فانه اسقاط حق القبض والقبض خالص حقه لانه حكم العقد وهو في حكم العقد بمنزلة العاقد لنفسه بدليل أنه لا يعزله أحد عنه وأن المشترى لا يجبر على التسليم الا اليه وانما يخلفه الموكل فى ملك المال بمقابلة ملكه والمال هو المقبوض دون الدين والدين ليس بمال حتى أن من حلف ان لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث فعرفنا أن القبض خالص حقه فيصح اسقاطه بالابراء ثم يتعدى هذا التصرف الى ابطال حق الموكل في المال باعتبار المال لانه لو قبض كان المقبوض ملكه وقد فات ذلك باسقاطه فيكون ضامناً له كالراهن اذا أعتق المرهون ينفذ تصرفه لمصادفة حقه ويضمن قيمة المالية للمرتهن لانه تلفه بتصرفه ملك المالية وكذلك أحد الشريكين اذا أعتق وهو موسراً وهو مسقط للقبض على وجه يتضمن تمليك الدين ممن عليه فمن حيث أنه اسقاط صح منه وبرئ المشترى ومن حيث أنه تمليك الثمن الذى هو حق الموكل من المشترى صار ضامناً له كالوكيل بالشراء اذا رضي بالعيب والى الموكل أن يرضى به فان رضي الوكيل يعتبر بانقطاع منازعته مع البائع غير معتبر فى الزام الموكل فيختص هو بضرره وهذا لان الاسقاط أصل فى الابراء ومعنى التمليك بيع ولهذا صح بدون القبول وان كان يرتد بالرد واما قبض الثمن فالمقبوض عين ملك الموكل فهبته بعد ذلك تصرف فى حق الغير وأما فصل المقاصة فهو على ثلاثة أوجه ان كان دين المشترى على الوكيل وهو مثل الثمن يصير قصاصاً بدينه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويضمن للموكل مثله وان كان دين المشترى على الموكل يصير قصاصاً بالاتفاق لان باعتبار المال الحق للموكل ولهذا لو أسلم اليه المشترى جاز قبضه فيصير قصاصا بدينه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن الموكل مثله وان كان دين المشترى علي الموكل يصير قصاصا بالاتفاق لان باعتبار المال الحق للموكل فيصير قصاصا بدينه وان كان الدين له على كل واحد منهما صار قصاصا بدين الوكيل لانه لو جعل قصاصا بدين الوكيل كان ضامنا للموكل مثله ثم يحتاج الى قضاء دينه به واذا جعل قصاصا بدين الموكل لم يضمن أحد شيئا فرجحنا هذا الجانب لهذا والاب والوصى

يصح ابراؤهما وتأجيلهما فيما وجب للصبي بعقدهما عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وكانا ضامنين له فأما فيما وجب لا بعقدهما لايصح لانهما نائبان أمراً بالتصرف فى ماله على وجه الاحسن وذلك لا يحصل بالابراء. قال (والتأجيل والمتاركة من الوكيل بالثمن صحيح فى حق المسلم اليه بخلاف الوكيل بالشراء فان إقالته لاتصح) لان هناك عين المشترى مملوك للموكل فالاقالة تصرف منه فى محل هو حق الغير وهنا المسلم فيه دين والثابت به حق القبض مادام فى الذمة وهو حق الوكيل وان احتال بالمسلم فيه على ملي أو غير ملي جاز عليه خاصة ويضمن للام طعامه لانه تصرف فى خالص حقه بالتحويل من محل الى محل فهو على الخلاف الذى بينا فى الابراء ويستوفى فى حكم الضمان أن يكون المحتال عليه أعلا أو أسفل بخلاف الاب والوصى فانهما لو قبلا الحوالة على من هو أعلا لم يضمنا شيئا لانه تصرف منهما فى حق الصبي على وجه الاحسن وهما يملكان المبادلة فى حقه بصفة النظر فاذا بادلا ذمة بذمة على وجه النظر لم يضمنا والوكيل لايملك مثله فى حق الموكل فلهذا ضمنه. قال (وان اقتضى الطعام أدون من شرطه فهو جائز) لانه أبرأه عن صفة الجودة ولو أبرأه عن أصله جاز وضمن للموكل مثل طعامه عندهما فكذلك اذا رضى بدون حقه واذا عقد الوكيل السلم ثم أمر الموكل باداء رأس المال وذهب الوكيل بطل السلم لان وجوب قبض رأس المال قبل الافتراق من حقوق العقد فيتعلق بالعاقد وهو الوكيل والموكل فيه كاجنبي آخر فلا معتبر ببقائه في المجلس بعد ذهاب العاقد ولا بذهابه اذا بقى المتعاقدان في المجلس فاذا وكله أن يسلم له عشرة دراهم فى كر حنطة فاسلمها فى قفيز حنطة فهو جائز على الوكيل دون الموكل لانه وكيل بالشراء فالمسلم فيه مبيع ورب السلم مشترى والوكيل بالشراء لا يملك الشراء فى حق الموكل بالغبن الفاحش لما فيه من التهمة أنه باشر التصرف لنفسه ثم لما علم بالغبن أراد أن يلزمه الموكل فاذا نفذ العقد عليه ضمن للموكل كل دراهمه لانه قضى بدراهمه دين نفسه فان أسلمها في حنطة يكون نقصانها عن رأس المال مما يتغابن الناس فى مثله جاز على الموكل لان هذا العذر لا يستطاع الامتناع عنه الا بحرج فكان عفواً فى تصرفه لغيره شراء كان أو بيعا. قال (واذ وكله أن يسلم له عشرة دراهم في طعام فالطعام الدقيق والحنطة عندنا استحسانا وفى القياس هذا التوكيل باطل) لان اسم الطعام حقيقة لكل مطعوم بدليل مالو حلف أن لا يأكل طعاما وما لو أوصى للانسان بطعامه والمطعومات أجناس مختلفة وجهالة الجنس تمنع صحة الوكالة ولكنه

استحسن فقال السلم بيع والطعام اذا أطلق عند ذكر البيع والشراء يراد به الحنطة ودقيقها فان سوق الطعام الموضع الذى يباع فيه الحنطة ودقيقها وبائع الطعام من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفوا كهوهذا لان الشراء لا يتم الا بالبائع فكل مايسمى بائعه بائع الطعام يصير هو به مشتريا للطعام بخلاف الا كل فانه يتم بالآ كل والوصية تتم بالموصى فاعتبرنا فيهما حقيقة الاسم قالوا وهذا اذا كانت الدراهم كثيرة فأما اذا كانت قليلة فانما ينصرف الى الخبز فأما الدقيق ففيه روايتان وفى رواية هو بمنزلة الحنطة لانه يذكر كما تذكر الحنطة وفي رواية هو بمنزلة الخبز وهذا القياس والاستحسان ثابت فى الوكيل بالشراء واذا ثبت أن اسم الطعام يتناول الحنطة ودقيقها فالتوكيل صحيح لانه ان كثرت الدراهم عرفنا ان مراده الحنطة فاذا قلت عرفنا أن مراده الدقيق والمعلوم دلالة كالمعلوم نصافنقول اذاوكله بأن يسلم له دراهم في طعام فأسلم في شعير أو غيره فهو مخالف وللموكل أن يضمن الوكيل دراهمه لان عقده نفذ على نفسه ثم قضي بدراهم الآمر دين نفسه وان شاء الآمر أخذها من المسلم اليه لان المقبوض من الدراهم عين ملكه فهو أحق به فان أخذها من المسلم اليه يبطل السلم فيما بينه وبين الوكيل وان كان قد فارقه لان رأس المال استحق انتقض القبض فيه من الاصل وان لم يكن فارقه حتى أعطاه مثلها كان السلم صحيحا بينهما لان المقبوض لما استحق فكأنه لم يقبض الى آخر المجلس وعقد السلم ماتعلق بعين تلك الدراهم بل تعلق بمثلها فى ذمته وان أخذها من الوكيل يبقى عقد السلم بينهما صحيحا لانه يملك رأس المال بالضمان واذا وكله بأن يأخذ دراهم فى طعام مسمى فأخذها الوكيل ثم دفعها الى الموكل فالطعام على الوكيل وللوكيل علي الموكل دراهم قرض لان أصل التوكيل باطل فان المسلم اليه أمره يبيع الطعام فى ذمته ولو أمره أن يبيع عين ماله علي أن يكون الثمن للآمر كان باطلا فكذلك اذا أمره أن يبيع طعاما في ذمته وهذا لانه إنما يعتبر أمره فيما لا يملك المأمور بدون أمره وهو فى قبول السلم في الطعام مستغنى عن أمر الغير وقبول السلم من صنيع المفاليس فالتوكيل به باطل كالتكدى فالحاصل أن التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم باطل والتوكيل من رب السلم بأعطاء الدراهم فى طعام السلم جائز واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقداً لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الي الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه • قال (واذا دفع اليه عشرة دراهم وأمره أن يسلمها فى ثوب لم تصح الوكالة حتى تبين الجنس) لان الثياب أجناس مختلفة ومع جهالة الجنس

لا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل فيبطل التوكيل فان الوكيل كان عاقداً لنفسه وروى عن أبي يوسف أنه قال ينظر الوكيل الي لباس الموكل فاذا اشترى الوكيل من جنس لباس الموكل يجوز ويلزم الموكل لان الظاهر أن الانسان انما يأمر غيره بشراء الثوب ليلبسه فيعتبر بثيابه فان سمى الموكل ثوبا يهوديا أوغيره جاز لان الجنس صار معلوما وانما بقيت الجهالة في الصفة ولا تأثير لجهالة الصفة فى العقود المبنية على التوسع والوكالة بهذه الصفة فان خالفه الوكيل فأسلم فى غيره أو الى غير الاجل الذى سماه كان عاقداً لنفسه وللموكل أن يضمنه دراهمه فان ضمنه إياها جاز السلم وان ضمنها المسلم اليه بطل السلم لانتقاض قبضه فى رأس المال بعد الانتقاض من الاصل . قال (واذا دفع الوكيل الدراهم سلمها علي ماأمره به الآمر ولم يشهد علي المسلم اليه بالاستيفاء ثم جاء المسلم اليه بدراهم زيوف يردها عليه فقال وجدتها فيها فهو مصدق) لانه ينكر استيفاء حقه فالقول قوله مع يمينه ويقضى له علي الوكيل ببدله ويرجع به الوكيل على الموكل لانه فى تصرفه عامل له فيرجع عليه بما يلحقه بالعهدة وان كان أشهد عليه بالاستيفاء لم يصدق بعد ذلك علي ادعائه أنه زيف معناه اذا أقر المسلم اليه باستيفاء الجياد أوباستيفاء حقه أوباستيفاء رأس المال فهو مناقض بعد ذلك فى دعواه أنه زيوف فلا يسمع بعد ذلك منه ولا تقبل بينته عليه ولا يتوجه اليمين على خصمه فأما اذا أقر باستيفاء الدراهم فاسم الدراهم يتناول الزيوف والجياد فلا يكون مناقضاً فى قوله وجدتها زيوفا. قال (واذ وكله بأن يسلم له عشرة دراهم من الدين الذى له عليه في حنطة فأسلمها له فهو عاقد لنفسه حتي يقبض الطعام فيرده الى الآمر مكان دينه) فحينئذ يسلم للآمر اذا تراضيا عليه فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو جائز علي الآمر وكذلك لو أمره أن يصرفها له بدنانير أو يشترى له بها شيئاً سماه وجه قولهما أن الدين فى ذمة المديون ملك صاحب الدين بدليل أن يطالبه بالتسليم وينفرد باستيفاء جنسه من ماله ويشترى منها شيئاً فيجوز فانما أضاف التوكيل الى ملكه وذلك صحيح كما لو كانت الدراهم وديعة له في يده أوغصبا فوكله أن يشترى له بها والدليل عليه انه لو عين المسلم اليه بقوله أسلمها في طعام الي فلان أو عين البائع أو المبيع بقوله اشترى لى بها عبد فلان فانه يصح فكذلك اذا أطلق لان تسمية من يعامله الوكيل ليس بشرط لصحة الوكالة يوضحه أنه لو قال تصدق بمالى عليك علي المساكين يجوز بمنزلة مالو قال تصدق به على فلان فكذلك اذا أمره بالشراء به ولابى حنيفة حرفان (أحدهما) أنه

أمره بصرف في الدين الى من يختاره المديون بنفسه وذلك باطل كما لو قال ادفع مالى عليك من الدين الى من يثبت أو ألقه فى البحر كان صحيحاً والمعنى فى الفرق أن المديون انما يقضى الدين بملك نفسه وهو فى تصرفه فى ملك نفسه بالدفع الى الغير لايحتاج الى اذن الآمر فكان وجود أمره كعدمه فأما فى العين تصرفه فى ملك الغير ولا يملك ذلك الا باذن من له الحق وهذا بخلاف مااذا عين المسلم اليه أو البائع لان من أمره بالصرف اليه هناك معلوم فكان أمره معتبراً فى توكيله ذلك الرجل بالقبض له أولا ثم لنفسه وكذلك اذا عين المتاع لان بتعيينه يتعين المالك فالانسان فى العادة يشترى الشئ من مالكه وهنا لا يمكن اعتبار أمره فى توكيل القابض بقبضه لانه توكيل المجهول وذلك باطل وهذا بخلاف قوله تصدق بمالى عليك لان المتصدق يجعل المال لله تعالى ثم يصرفه الى الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى فلا جهالة فيمن أمره أن يجعل ذلك له فهو بمنزلة مالو أمره بالدفع الى آدمى عينه (والثانى) أن بعقد السلم يجب رأس المال على الوكيل ثم يجب له مثله على الموكل فأما أن يكون هو مقرضا له فى ذمته ليقضى به دينا عليه وذلك لا يجوز أو أمره له بان يقبض من نفسه ثم يقضى به دينا عليه وذلك لا يجوز يوضحه أن يقيم الوكيل مقام نفسه فيما يأمره به من التصرف وهو بنفسه له أسلم الدين الذى له على زيد الى عمرو فى طعام لا يجوز فكذلك اذا وكل المديون بان يفعل له ذلك وبه يظهر الفرق بين الدين والعين ولكن الاعتماد على الحرف الاول قال (واذا وكل الرجل الرجلين ان يسلما له عشرة دراهم فى طعام فأسلمها أحدهما لم يجز) لان عقد السلم يحتاج فيه الى الرأى والتدبير كبيع العين وهو انما رضى برأى المثنى ورأى الواحد لا يكون كرأى المثنى فان أسلماها ثم تارك أحدهما مع المسلم اليه السلم لم يجز عندهم جميعا أما عند أبى يوسف لان الوكيل بالسلم لا يملك المشاركة ولو تاركا لم يجز فكذلك اذا تارك أحدهما وعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الوكيلين لو عقدا لانفسهما ثم تارك أحدهما لم يجز بغير رضى الآخر فاذا كان وكيلين أولى قال (واذا عقد الوكيل السلم ثم اقتضى الآمر الطعام فهو جائز استحسانا وفى القياس لا يجوز) لان القبض من حكم العقد والموكل منه كسائر الاجانب ألا ترى أن الايفاء لم يجب على المسلم اليه بطلبه فكذلك لا يبرأ بالتسليم اليه وجه الاستحسان أن يقبض الوكيل بتعين ملك الموكل فكان الموكل فى هذا القبض عاملا لنفسه فى تعيين ملكه فهو يكنى

الوكيل مـؤونة القبض والتسليم اليه ولا يلحق به ضرر فى تصرفه يوضحه أنا لو نقضنا قبضـه احتجنا الى اعادته بعينه فى الحال لانه يرده على المسلم اليه فيقبضه الوكيل منه ثم يسلمه الى الموكل وهـذا اشتغال بما لا يفيد والقاضى لا يشتغل بما لا يفيد ولا ينقص شيئا ليعيد وان تارك السلم اليه مع الموكل جاز لانه قائم مقام العاقد فى ملك المعقود عليه فتصح منـه المتاركة كما تصح من وارث رب السلم بعـد الموت وان لم يتاركه فأراد قبض الطعام منه فللمسلم اليه أن يمتنع من دفعه اليه لان المطالبة بالتسليم تتوجه بالعقد والموكل من العقد أجنبي فطالبته لا تلزم المسلم اليـه الدفع اليه . قال (واذا دفع الى رجل عشرة دراهم ليسلمها فى طعام فناول الوكيل رجلا فبايعه فان أضاف العقد الى دراهم الآمر كان العقد للآمر وان أضافه الى دراهم نفسه كان عاقداً لنفسه) لان الظاهر يدل على ذلك ولان فعله محمول على ما يحل وفيما يعقد لنفسه لا يحل له اضافة العقد الي دراهم غيره وان عقد السلم بعشرة مطلقة ثم نواها للآمر فالعقد له وان لم تحضره نية فان دفع دراهم نفسه فالعقد له واذ دفع دراهم الآمر فهو للآمر فى قول أبي يوسف وقال محمد هو عاقد لنفسه مالم ينو عند العقد أنه للآمر وان تكاذبا فى النيـة فقال الآمر نويته لى وقال المأمور نويته لنفسى فالطعام للذى نقد دراهمـه بالاتفاق فمحمد يقول الاصل ان كل أحد يعمل لنفسه الا أن يقترن بعمله دليل يدل على انه يعمل لغيره وذلك باضافة العقد الى دراهم الغير أو النية للغير فاذا انعـدم ذلك كان عاملا لنفسه ولا يمكن أن يجعل نقد الدراهم دليلا علي ذلك لان نقد الدراهم لا يقترن بالعقد بل يكون بعده وبعد ما أوقع العقد له لا يتحول الى غيره وان نقد دراهم الغير وبه فارق التكاذب لان النقد موجود عند التكاذب فيمكن أن يجعل دليلا من حيث شهادة الظاهر لاحدهما لان الظاهر أنه فيما عقد لنفسه لا ينقد دراهم الغير فاذا كان المنقود دراهم الآمر فالظاهر يشهد له فكان القول قوله يوضحه أن بقبول الوكالة من الغير لا يحيل ولايته علي نفسه وقبل قبول الوكالة كان مطلق عقده لنفسه فكذلك بعد قبول الوكالة لان تلك الولاية باقية بعـد قبول الوكالة كما كانت قبله ولان موجب العقد وقوع الملك له في الطعام للعاقد الا أنه اذا نوى للموكل فالموكل يخلفه فى ذلك الملك والمصير الى الخلف عند فوات ماهو الاصل وعنـد اطلاق العقد ما هو الاصل ممكن الاعتبار فلا يضاف الى الخلف وأبو يوسف يقول العقد والنقد كشيء واحـد حكما لان النقد وان كان بعد العقد صورة فهو كالمقترن بالعقد اذ لولم

يجعل كذلك كان دينا بدين وذلك لايجوز والدليل عليه أن بعـد ما نقد الدراهم لو أراد ان يستردها ليعطى غيرها لم يملك كما لو اقترن التعيين بالعقد بأن أضاف العقد الى دراهم الآمر ثم أراد أن يدفع غيرها ويجعل العقد لنفسه لم يملك ذلك فاذا صار كشيء واحدفهو دليل ظاهر على من وقع العقد له فيجب تحكمه كما في حالة التكاذب يوضحه أنه بعد قبول الوكالة يعقد للموكل بولايته الاصلية كما يعقد لنفسه ولهذا تعلق به حقوق العقد في الوجهين فاذا استوى الجانبان يصار الى ترجيح أحدهما بالنقد كما يصار اليه عند التكاذب وفرق أبو يوسف بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير اذا أطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقداً لنفسه فان الحج عبادة والعبادات لا تتأدى الا بالنية فكان مأمورا بأن ينوى عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما هو الركن وأما فى المعاملات فالنية ليست بركن فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفا فيبقي حكم عقده موقوفا على النقد. قال(وان وكله بثوب يبيعه بدراهم فأسلمه في طعام الى أجل فهو عاقد لنفسه)لانه خالف ماأمره به نصا وان أمره ببيعه ولم يسم له الثمن فأسلمه فى طعام جاز على الآمر في قول أبي حنيفة ولم يجز فى قولهما وهذه فصول (أحدها) أن الوكيل في البيع مطلقا يبيع بالنقد والنسيئة عندنا وقال الشافعى لا يبيع الا بالنقد لان مطلق التوكيل بالبيع معتبر بمطلق ايجاب البيع ومطلق ايجاب البيع ينصرف الى الثمن الحال دون النسيئة فكذلك مطلق التوكيل وهذا لان الاجل شرط زائد على مايتم به العقد فلا يثبت الاذن فيه الا بالتنصيص ولكنا نقول أمره ببيع مطلق فلا يجوز اثبات التقييد فيه من غير دليل والتقييد بالثمن الحال بعدم صفة الاطلاق ولا دلالة عليه فى كلامه نصا ولا عرفا فالبيع بالنسيئة معتاد بين التجار كالبيع بالنقد وربما يكون البيع بالنسيئة أقرب الى تحصيل مقصودهما وهو الربح والدليل عليه ان المضارب والاب والوصى يملكون البيع بالنسيئة وأما مطلق ايجاب البيع فانما يحمله على النقد لتعذر اعتبار الاطلاق فان البيع يستدعى صفة معينة في الثمن ألا ترى انه لو قال بعته منك بالنقد والنسيئة لا يجوز وفى التوكيل لا يوجد مثل هذا فالتوكيل صحيح بدون تعيين أحد الوصفين حتى لو قال بعته بالنقد أو بالنسيئة يجوز ثم قيل على قول أبي حنيفة يجوز بيعه بثمن مؤجل طالت المدة أو قصرت وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز بأجل متعارف ولو أجله مدة غير متعارفة فى مثل تلك السلعة لا يجوز بمنزلة البيع بالغبن الفاحش عندهما وعند أبي يوسف . قال (ان أمره بالبيع على وجه التجارة فله

أن يبيعه بالنسيئة أما اذا أمره بالبيع لحاجته الى النفقة أو الى قضاء دينه فليس له أن يبيعه بالنسيئة ولو باعه بغبن جاز عند أبي حنيفة سواء كان الغبن يسيراً أو فاحشا وعندهما لا يجوز بيعه بغبن فاحش لان دليل العرف يفيد مطلق التوكيل حتى يتقيد التوكيل بشراء الاضحية بأيام النحر والتوكيل بشراء الفحم زمان الشتاء والجمد بزمان الصيف فانه اذا وكله ان يشترى له جمداً فى الشتاء يكون مشتريا لنفسه وان كان التوكيل مطلقا فصح ما ذكرنا والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فالظاهر انما يستعين بغيره فيما يعجز عن مباشرته بنفسه وهو لا يعجز عن بيع ما يساوى مائة درهم بعشرة دراهم وقاسا بالوكيل بالشراء فان شراءه بالغبن الفاحش لا ينفذ على الآمر كذلك الوكيل بالبيع لان كل واحد منهما أمر بما هو من صنيع التجار وكذلك الاب والوصى لا يملكان بيع مال اليتيم بغبن فاحش لهذا المعنى ولان المحاباة الفاحشة كالهبة حتى اذا حصلت من المريض تعتبر من الثلث والوكيل بالبيع لا يملك الهبة وأبو حنيفة يقول أمره بمطلق البيع وقد أتى به لان البيع مبادلة مال بمال شرطا وقد وجد ذلك فما من جزء من المبيع الا ويقابله جزء من الثمن ألا ترى أن المبيع لو كان داراً يجب للشفيع الشفعة فى جميعه وبه يتبين أنه بيع وليس بهبة وبان اعتبر من الثلث فى حق المريض هذا لا يدل على أنه ليس ببيع مطلق وان الوكيل لا يملكه كالبيع بغبن يسير والدليل عليه أن من حلف لا يبيع فباع بغبن فاحش يحنث ولا يحنث الا بكمال الشرط فعرفنا أنه بيع مطلق فيصير الوكيل به ممتثلا للآمر فانا لو قيدنا بالبيع بمثل القيمة أبطلنا حكم الاطلاق من كلامه وذلك لا يجوز من غير دليل فأما العرف الذى قال قلنا هذا مشترك فالانسان قد يبيع الشئ تبرما منه ولا يبالى عند ذلك بقلة الثمن وكثرته وقد يبيعه لطلب الربح فعند ذلك لا يبيعه بالغبن عادة وبالمشترك لا يبطل حكم الاطلاق ثم البيع بالغبن متعارف فالمقصود من البيع الربح وذلك لا يحصل الا وأن يصير أحدهما مغبوناً والانسان يرغب فى شراء ما يساوى عشرة بدرهم ولكن لا يجد ذلك فأما أن لا يكون متعارفا فلانه العرف لا يعارض النص والاطلاق ثابت بالنص فلا يبطل بالعرف كما في اليمين فان العرف كما يعتبر فى الوكالة يعتبر فى اليمين وما ذكر من مسئلة الاضحية وغيرها فهى مروية عن أبى يوسف فأما عند أبى حنيفة يعتبر الاطلاق في جميع ذلك ودليل التقييد التهمة في الموضع الذى يثبت التقييد فيه ولهذا قال أبو حنيفة الوكيل بالبيع لا يبيع من أبيه وابنه للتهمة ولا تهمة

فى بيعه من الاجنبي بقليل القيمة لان ما يستوفى من الثمن يسلمه الى الآمر قل أو كثر
وبه فارق الوكيل بالشراء فهناك التهمة متمكنة فربما اشتراه لنفسه فلما علم بالغبن أراد أن
يلزمه الآمر ولان الوكيل بالشراء كما يستوجب الثمن فى ذمة نفسه يوجب لنفسه مثله في
ذمة الآمر والانسان متهم فى حق نفسه فلا يملك أن يلزم ذمة الآمر الثمن مالم يدخل
فى ملكه بازائه ما يعدله ولهذا لو قال اشتريت وقبضت الثمن وهلك في يدى فهات
الثمن فانه لايقبل قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لوقال بعت وقبضت الثمن وهلك عندى كان
القول قوله ولان أمره بالشراء يلاقى ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة فى ملك
الغير فلا يعتبر اطلاق أمره فيه بخلاف البيع فان أمره يلاقى ملك نفسه وله فى ملك نفسه
ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم والاطلاق فى الوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر
ذلك اشترى ذلك المتاع بجميع مايملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم انه لم يقصد
ذلك فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بالغبن اليسير وفى جانب البيع اعتبار
العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط به علي شئ من ماله سوي المبيع الذى رضى بزوال
ملكه وهذا بخلاف الاب والوصي لان ولايتهما مقيدة بالانظر والاصلح ولا يوجد في
البيع بالغبن الفاحش وعلى هذا الخلاف لو باعه الوكيل بعرض يجوز عند أبى حنيفة لاطلاق
الآمر ولا يجوز عندهما لان البيع بعرض شراء من وجه فكل واحد منهما فى بدل صاحبه
مشترى وانما أمره بالبيع فلا يملك به ماهو متردد بين البيع والشراء وأبو حنيفة يقول فعله
فيمايتناوله الآمر بيع من كل وجه لانه يزيله عن ملكه بعرض هومال والبيع ليس الا هذا ثم
جانب البيع يترجح علي جانب الشراء فى البيع ألا ترى أن أحد المضاربين اذا اشترى بغير
اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيئا من مال المضاربة يتوقف على
اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف أيضا فان أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا
أن جانب البيع يترجح فيه وعلى هذا لو باعه الوكيل بمكيل أو موزون فعند أبى حنيفة يجوز
على الآمر وعندهما لايجوز الا أن يبيعه بالنقد اذا عرفنا هذا فنقول اذا أسلم الثوب فى طعام
الى أجل فقد أزال الثوب عن ملكه بالطعام وذلك جائز علي الآمر عند أبى حنيفة وعندهما
لا يجوز لانه لم يبعه بالنقد والتوكيل انصرف اليه خاصة. قال (واذا وكله بالسلم فادخل الوكيل
فى العقد شرطا أفسده لم يضمنه الوكيل لانه لم يخالف وانما يضمن الوكيل بالخلاف لا بالافساد)

وهذا لانا لو ضمناه بافساد العقد تحرز الناس عن قبول الوكالات فكل أحد لا يكون كأبي حنيفة في العلم باحكام والاسباب المقيدة للعقد. قال (وأكره توكيل الذمي يعقد له السلم وان فعله يجوز لان الذمي لا يتحرز عن الربا وعن مباشرة العقد الفاسد إما لجهله بذلك أو لاعتقاده أو قصده أن يوكل المسلم الحرام فلهذا يكره له أن يأتمنه على ذلك ويجوز له ان فعله) لان عقد السلم من المعاملات وهم في ذلك يستوون بالمسلمين. قال (وليس للوكيل بالسلم أن يوكل غيره به) لان هذا عقد يحتاج فيه الى الرأي والتدبير والموكل رضي برأيه دون رأي غيره بخلاف المضارب يوكل بالسلم فيجوز لان رب المال قد رضي برأيه وتوكيله حين فوض اليه الاسترباح عاما وذلك بتجارة حاضرة وغائبة واذا اشتغل باحدهما بنفسه فلا يجد بداً من أن يستعين فيه بالآخر بخلاف الوكيل الا أن يكون الآمر قال له ماصنعت فيه من شئ فهو جائز فيجوز حينئذ لانه أجاز صنيعه عاما والتوكيل من صنعه فيدخل في عموم اجازته ولا يجوز للمسلم عقد بيع ولا يسلم لنفسه على الخمر ولا للكافر لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم وهو العاقد عليها سواء عقده على ذلك لنفسه أو لكافر بخلاف المسلم يتوكل عن المجوسي في أن يزوجه مجوسية فيجوز ذلك لان الوكيل في النكاح معبر لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل فيعتبر جانب الموكل وفي البيع والسلم هو عاقد لنفسه ليستغني عن الاضافة في العقد الى غيره فيعتبر جانبه. قال (وان وكل المسلم الذمي بأن يشتري له خمراً أو يسلم له فيها ففعل ذلك مع ذمي جاز علي الآمر في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو مشتري لنفسه) لان المسلم لا يملك هذا العقد لنفسه بنفسه فلا يصح توكيل غيره به كما لو وكل المسلم مجوسيا بان يزوجه مجوسية وهذا لانه لو نفذ عقده علي الآمر ملك المسلم الخمر بالعقد ولا يجوز أن يملك المسلم الخمر بعقد التجارة وهذا منهما نوع استحسان فكأنهما يقولان في البيع والشراء طرفان طرف العقد وطرف الملك فكما ان الكافر اذا وكل به المسلم لا يجوز لاعتبار طرف العقد فكذلك المسلم اذا وكل الكافر به لايجوز لاعتبار طرف الملك بل أولى لان العقد سبب الملك والثابت به الملك في المحل وهو المقصود فاذا وجبت مراعاة جانب العقد فلأن تجب مراعاة جانب الملك أولى وأبو حنيفة يقول الذي ولي الصفقة هو الوكيل والخمر مال متقوم في حقه يملك أن يشتريها لنفسه فيملك أن يشتريها لغيره وهذا لان الممتنع ههنا بسبب الاسلام هو العقد علي الخمر لا الملك فالمسلم من أهل أن يملك الخمر ألا ترى

أنه اذا تخمر عصير المسلم يبقي مملوكا له واذا مات قريبه عن خمر يملكها بالارث وهنا ان اعتبرنا جانب العقد فالعاقد من أهله وهو فى حقوق العقد كالعاقد لنفسه وان اعتبرنا جانب الملك فللمسلم من أهل ملك الخمر فيصح التوكيل ألا ترى أن فى جانب العقد افساد التوكيل اذا كان الوكيل مسلما يعتبر جانب العقد دون الملك فكذلك في جانب تصحيح الوكالة وبه فارق النكاح فالوكيل في باب النكاح سفير ومعبر فكان العاقد هو الموكل وقوله بأن الموكل يملك الخمر بالعقد فليس كذلك بل العقد يوجب الملك للعاقد ثم الموكل يخلفه في ذلك على ماقررنا والمسلم من أهل ان يملك الخمر بهذا الطريق كما اذا أذن لعبده الكافر فى التجارة فاشترى العبد خمراً فان المولي يملكها على سبيل الخلافة عنه وكذلك المكاتب اذا كان كافراً واشترى خمراً ثم عجز فمولاه المسلم يملكها بطريق الخلافة عنه وفرقهما أن العبد والمكاتب يتصرفان لانفسهما ولهذا لا يرجعان على المولى بعهدة تصرفهما فلهذا اعتبرناحالهما فأما الوكيل فيتصرف للموكل حتى يرجع عليه بما يلحقه من العهدة ويكون الموكل فى قرار العهدة عليه كانه باشر التصرف بنفسه فكذلك فى عقد الوكيل له على الخمر فاذا تعذر تنفيذ العقد على الآمر نفذ العقد على الوكيل • قال (واذا وكل الرجل الرجل بدراهم يسلمها له فى طعام فصرفها الوكيل بدراهم غيرها فقد خالف فى العقد فكان مباشرا العقد لنفسه ضامنا لما صرفه من دراهم الآمر بعد ذلك) وكذلك لوكان المدفوع ديناراً فصرفه بدراهم ثم أسلمها فى طعام فهو للوكيل لانه خالف فى العقد والبدل ثم أسلم بدراهم نفسه فى الطعام فكان الطعام له وهو ضامن للدنانير • قال (واذا وكله رجلان أن يسلم لهما فى طعام واحد ولكن من غير خلط جاز لانه حصل مقصود كل واحد منهما بكماله) فلا فرق بين أن يفعل ذلك فى عقدة أوعقدتين واذاخلط الدراهم ثم أسلمها فى الطعام كان مخالفاضامنا لان دراهم كل واحد منهما فى يده أمانة فيصير بالخلط ضامنامتملكا كما هو أصل أبى حنيفة ثم أضاف عقد السلم الي دراهم نفسه فكان الطعام له بخلاف الاول فلم يوجد هناك خلط موجب للضمان وانما حصل الاختلاط فى المسلم فيه حكما لاتحاد العقد حكما وبمثله لا يصير الأمين ضامنا وان أسلم دراهم كل واحد منهما عن حدة الى رجل واحد ثم اقتضي شيئا فادعى كل واحد منهما أى الآمرين أنه من حقه فالقول قول المسلم اليه لانه هو الملك لما يوفي من الطعام فرجع فى بيان مايتملك اليه فان كان هو غائبا فالقول قول الوكيل لانه أحد المتعاقدين ولان

كل واحد منهما انما تملك بعقد باشره الوكيل فعند الاشتباه يرجع فى البيان اليـه فاذا قدم المسلم اليـه وكذب الوكيل فالقول قول المسلم اليه لانه هو الاصل فى هذا البيان وسقط اعتبار الخاف عند ظهور الاصل وان أسلم الوكيل الى نفسه فهو باطل لان الواحد فى عقد التجارة لايصلح أن يكون مباشراً للعقد من الجانبين لما فيه من تضاد الاحكام فانه يكون مملكا متملكا مسلما متسلماً مخاصما متخاصما وذلك لايجوز ولانه متهم في حق نفسه وقدبينا أن التهمة تخصص الامر المطلق * وكذلك * لو أسلم الي شريك له مفاوض لانهما بعقد المفاوضة صار كشخص واحد فى عقود التجارة فكل واحد منهما مطالب بما يجب علي صاحبه فهو وما لو أسلم الى نفسه سواء * وكذلك * ان أسلم الي عبده لان كسب العبد لمولاه فهو متهم في ذلك * وكذلك * الى مكاتبه لان له حق الملك فى كسب المكاتب وينقلب ذلك صحيحا حقيقة ملك يعجزه فان أسلم الى شريك له عنان جاز اذا لم يكن من تجارتهما لان كل واحد منهما من صاحبه كسائر الاجانب فيما ليس من تجارتهما حتى تجوز شهادة كل واحد منهما لصاحبه فيما ليس من تجارتهما فان أسلمها الى ابنه أو الى أحد أبويه أوزوجته ممن لاتقبل شهادته له لم يجز عند أبى حنيفة وهو جائز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لانه ليس لواحد منهما فى مال صاحبه ملك ولاحق ملك فكان بمنزلة مالو أسلم الى أخيه فانه يجوز وهذا بخلاف الشهادة لان ذلك خبر ممثل بين الصدق والكذب فلا يترجح جانب الصدق فيها مع تمكن تهمة الميل وأبو حنيفة يقول مطلق الوكالة تتقيد بالتهمة وكل واحد منهما متهم فى حق صاحبه بدليل أنه لا تقبل شهادته له فكان اسلامه اليه كاسلامه الى عبده ومكاتبه وهـذا لان تصرف الوكيل انما يكون في حق الغير والظاهر من حال المرء إيثار ولده وزوجته علي الاجنبي وسوي هذا فى المسئلة كلام وخلاف فى معاملة الوكيـل مع هؤلاء بمثل القيمة أو بالغبن اليسير وقد أملينا تمام ذلك في كتاب الوكالة واذا وكل الوكيل بالسلم رجلا بقبض المسلم فيه ممن عليه فقبضه برئ المسلم اليه منه لان الوكيل فى حق القبض كالعاقد لنفسه حتى يختص بالمطالبة به ولو كان عاقدا لنفسه كان قبض وكيله فى براءة المسلم كقبضه بنفسه فان كان الوكيل الثانى عبداً للوكيل الاول أو ابنه في عياله أو أجير له فهو جائز على الآمر حتى لو هلك في يده هلك من مال الآمر والمراد الاجير الخاص الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة لان يد هؤلاء في الحفظ كيده ألا ترى أنه لو قبض بنفسه ثم سلم الي

واحد من هؤلاء ثم هلك لا يجب الضمان على واحد وان كان الوكيل الثانى أجنبيا فالوكيل الاول ضامن للطعام إن ضاع فى يدوكيله لان قبض وكيله كقبضه بنفسه ولو قبضه بنفسه ثم دفعه الى أجنبي كان ضامنا فكذلك هنا وان لم يذكر ان الوكيل الثانى هل يكون ضامنا فى حق رب المسلم فعلى قول أبى حنيفة رضي الله عنه لا يكون ضامنا بمنزلة مودع المودع وقد بينا الخلاف فيه وفي الوديعة وان وصل الى الوكيل الاول برىء هو ووكيله عن ضمانه كما لو قبض الوكيل الاول بنفسه اذ لا فرق بين أن يصل الى يده من يد المسلم اليه أو من يد وكيله فلهذا لا ضمان فيه على أحد فاذا أسلم الوكيل الدراهم الى امرأة جاز * وكذلك * لو كان الموكل أو الوكيل امرأة يجوز لان هذا من باب المعاملات فيستوى فيه الرجال والنساء والله تعالى أعلم

﴿ تم الجزء الثانى عشر من كتاب المبسوط ويليه الجزء الثالث عشر ﴾

﴿ وأوله باب البيوع الفاسدة ﴾

﴿ فهرست الجزء الثانى عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ تمت فهرست الجزء الثانى عشر من كتاب المبسوط ﴾